「刘星教授」
法学启蒙五部曲·新民说



影响一代法律学人，

见证中国法治进程。

GUANGXI NORMAL UNIVERSITY PRESS
广西师范大学出版社

VISIT…

LANZAROTE Caliente.com

总　目　录

中国法律思想：故事与观念:古代卷
西方法律思想：传说与学说
法律的隐喻
法律是什么：20 世纪英美法理学批判阅读
法学实践

中国法律思想

故事与观念·古代卷

刘星 著

增订版

GUANGXI NORMAL UNIVERSITY PRESS
广西师范大学出版社

版权信息

中国法律思想：故事与观念·古代卷

作　者：刘星

出版社：广西师范大学出版社

目　录

版权信息
修订版序
序言
导论：中国法律思想的出发点
001 《鹿洲公案》里的“兄弟争田”
002 官·写在书本里的法
003 赏与罚
004 “大公无私”
005 市场上的兔子（定分止争）
006 独角兽·“法”
007 《说文解字》
008 “法官”办“鹿”案·礼
009 乡里自治
010 规矩方圆
011 不同的追求
第一章 严刑峻法
012 怕火不怕水
013 《韩非子》论杀婴
014 人性恶·国家法
015 从三万贯钱到十万贯钱
016 社会学的寓言：囚徒的困境
017 防微杜渐的法律功能
018 国家法的清晰与“礼”的朦胧
019 官人李维棠
020 “以刑去刑”的境界

021 罚当其罪
小结
第二章 教化为先
022 浪子回头
023 “风吹草动”：德教的功效
024 人有恻隐之心
025 人性善·国家法
026 法家的尴尬：秦王朝的灭亡
027 仁义
028 刑、义的根本；义、暴的来源
029 “槐树”刑罚的故事
030 饮酒之礼·礼治·“防患于未然”
031 学校的好风气·礼治的效率
032 礼治·“熟人”和“陌生人”
033 何谓善于奖赏？
小结
第三章 刚柔相济
034 性相近·习相远
035 “打一巴掌揉三揉”
036 常备不懈
037 董仲舒暗授《春秋》
038 君王眼中的“孝顺”
039 徐元庆案的“困惑”
040 “礼”为本法为末·德主刑辅
041 有嫁无婚·灵活解释法律
042 为什么解释？
043 法网的疏密·法律的原则性
044 养马人的命

小结
第四章 顺其自然
045 “你我的争议”
046 “无为”的治理
047 爱马·被马害
048 法令数量与盗贼数量的正比例
049 法律的起源
050 礼：混乱的开始
051 无礼无法的境界
小结
第五章 国家法律的天下
052 法家的追思
053 “以”法与“依”法治国
054 “抓阄、抽签”·“依法治国”
055 靠人与靠法·“法律机器”
056 国家危险的原因：一半务农一半坐吃
057 法律一元化的功能
058 法律的“内”和“外”·酒店的狗
059 明处·暗处
060 “腾云驾雾”·“权势”与“法”
061 国家法律的强制性·“硬规矩”和“软规矩”
062 法律职业
063 邓析之死·“讼棍”
小结
第六章 “礼”或“民间法”的世界
064 苗人部落的传说
065 大义灭亲？
066 家与国·忠孝难两全

067 父亲的权威
068 家族的小辈与长辈
069 “礼”·自然和谐与诗情画意
070 礼·吃饭·娶新娘
071 官司·和为贵
072 叔向与子产的通信·行为的仿效
073 习俗惯例式的民间法
074 奸污后的私了
075 愿望·“民间法”·“合理”
076 谁合理？
077 “民间法”的同情理解·熟人
078 原有秩序·民间法的地方性
079 “陋习”·宽容的姿态
小结
第七章 法与人
080 “名”与“实”
081 何为“士”？
082 法律背后的“人”
083 “权力哪吒”和“权力菩萨”·法律职业独立的隐喻
084 为人·研习·礼法
085 此一时彼一时·分权制衡
086 何谓“贤人”？
087 贤能与“平庸”之分：一种精英“法治”理论
小结
第八章 天然秩序
088 秋冬斩首
089 《礼记·月令》
090 水流象征刑罚·“阴”与水

091 天地和谐
小结
第九章 激进主义
092 “渡河的标记”
093 远古的一场争论：法律改革
094 大鱼·小鱼·虾米
095 理性的力量和意识形态“诡计”
096 张居正的“新政”
097 外国“月亮”·移植法律
098 共同的需求·现代化
小结
第十章 顺势而为
099 众人心·习俗
100 法律制度的形成
101 习俗的地方性·国情·“和奸”
102 是老婆还是妹妹？
103 保护“恶人”？
104 国家法律的“权利”·秋菊的困惑
105 乡土熟人社会·“情”
106 “可行性”·“钱会”里的中国国情
107 美法村的村政变迁·乡民的心态
108 反抗法律的现代性
小结
第十一章 第三种态度？
109 慎之又慎·渐变
110 税的减法·小房与大楼
111 “烹煎小鱼”
112 空间上的一分为二·法律

113 “缩小”的激进·“拆开”的激进与顺势而为
小结
参引文献
返回总目录

修订版序

《西方法律思想：传说与学说（增订版）》由广西师范大学出版社出版。本书可视为姊妹篇。在本书《序言》中，我提到，将中国古代法律思想和当代思想连接起来，寻找视域融合，既重要且有意思。而将中国和西方对照，经过“导论分析式”的相互映衬，可能更是有思考意义的。两本书的共同特点均在于，在保持学术品格的前提下，尽量贴近“乐趣阅读”的意向，以小见大，以微见宏，在“日常感受”的涓细中将思想推向深入。这不仅仅是寓教于乐，因为就法律而言，思想从来就和“日常感受”有着关联，往往在后者中被激发。故希望读者可以在轻松之际进入思想世界。

本书的其他设想、意图，《序言》已有交代，读者可参阅。

本书原书名《中国法律思想导论：故事与观念》。现稍作修改。

感谢刘峰先生持续不断的引荐。感谢广西师范大学出版社的厚爱，能在该社出版本书，至为荣幸。愿读者能在本书中获得益处。

刘星

2017年冬于北京

序言

就法律思想的阐述和分析而言，本书侧重分析。关于中国法律思想，以往学者已有丰富而且成熟的梳理，但是分析可以更进一步，本书即为尝试。阐述伴随分析颇为重要，因为法律思想的研究尤其是为了法律思考，进而实现对法律现象的深入理解。

除分析的意义外，本书与以往的法律思想历史的叙述略有不同。首先，本书努力将思想和实践联系起来，尤为试图在现实经验个案基础上展开思想的解释和讨论，不纯粹从理论到理论。所以如此，因为笔者认为作为法律思想的话语和作为法律行动的实践——特别是具体微观法律活动的实践——是相互交织的，在相互交织关系的重建中，它们才能更为自我揭发，更为人理解。

其次，本书将历史中的中国法律思想和当代的中国法律思想结合起来，更为注重整体思想的空间结构，而非时序结构（当然不是完全忽略）。这是因为笔者认为尽管思想的“历史阶段不同”总是存在的，但各个法律思想的内在关联又是可以而且需要洞察的。无论历史的还是当下的，在法律语境中，它们总是可能互为映射，毕竟一旦进入法律问题之中，当不断需要丰富的理论支持法律观点的时候，历史的和当下的均可成为资源从而彼此激励、相互发明。

最后，本书努力挖掘作为研究对象的法律思想自身可能存在的但未明言表达的思路——隐含观念，并且使其对话。这是逻辑化的思想试验，尽管也许存在过度揣测甚至臆想的痕迹，但是对于法律问题的辨析仍有启发。就最后一点来说，将可能隐含的法律思想推演出来，或许可使人们预测性地注意复杂多样的法律现象的可能，以期更好地

解决法律实践问题，尤其是冲突争议化法律实践问题的同情理解式的解决。因为复杂多样的潜在法律思想总有可能成为推动复杂多样法律现象的元素。

本书尽量修辞平易。平易的出发点在于使人更易阅读。阅读的便利一是可使他者快捷理解，二是可使他者增添参与思考的欲望。思考的目的在于交流，而交流的成功对于法律实践的顺利展开注定必要。

约十年前，本书曾以《中国法学初步》为名出版。现做些许修订，适当缩减增添，亦更为规范化。要感谢中山大学法学院博士研究生张华，她协助校对了本书绝大部分的注释，工作十分繁琐不易。另要感谢法律出版社刘彦沣编辑，当我提出此书在法律出版社出版是否合适时，她给予了肯定答复和鼓励，能在她的鼓励和帮助下不断出书，非常幸运，当然更是荣幸。

本书肯定会有讹误、错解，深望读者批评指正。

刘星

2008年10月于北京

导论：中国法律思想的出发点

001　《鹿洲公案》里的“兄弟争田”

清朝雍正年间，官人蓝鼎元颇为擅长审案断狱。蓝官人字玉霖，号鹿洲，也许特别喜欢自己的“号”所以写了一本书——《鹿洲公案》。《鹿洲公案》记录了许多案子，这些案子里的“法官”正是蓝鼎元自己。

在中国农村，田地是最重要的，有句话说“土地是农民的命根子”。一个平民百姓叫陈智。他有两个儿子，长子称作阿明，次子称作阿定。不知什么原因，陈智去世很早，于是就留下七亩地给两个儿子。但是，为争七亩地两个儿子产生激烈矛盾。说来怪遗憾的，父亲还在世时阿明、阿定友爱、亲善，少年时一起读书，成人后一起耕地，即便各自结婚了也是相互关照。可父亲一“离开”，兄弟之情便淡漠了。这都缘于所谓“命根子”的田地。

开始，乡里的亲戚、族人都来劝解，说“你让一步，他让一步，不行？”两个儿子就是不听。不仅不听还将“你争我夺”闹到了官府。

在官府，阿明讲：“这七亩田是父亲留给我的。”讲着便向知县蓝官人（即蓝鼎元）递上父亲亲笔手书，上面写着“百年之后田产归长孙”。但阿定也不含糊，说这些田是父亲留给他的，并拿出“临终口头遗嘱”来证明，还说有人可以旁证。蓝鼎元觉得案子有点棘手，但稍过片刻还是宣称：“你们都说得不差，然而这意味着责任在你们的父亲。谁叫他不做出一个清楚的决定？我只好开棺问他！”兄弟两人听到这话立刻面面相觑，无地自容。接着蓝鼎元又是一通训斥：“田产比起兄弟

亲情实在是区区小事，为这等小事打官司值得吗？说来让人寒心，你两个都是各有两个儿子的人，将来你们各自的二子长大不像你两个那样争田就怪了！所以为了日后安宁，我只好防患于未然，让你们各自只养一个儿子。阿明是长兄，留下长子送走小的；阿定是弟弟，留下次子送走大的。这是决定。现在命令差役押送阿明的次子、阿定的长子去收容院，卖给乞丐做儿子。”

阿明、阿定一听慌了。阿明说：“小民知罪了，愿将田产全部给予弟弟，永不计较。”而阿定也是“痛改前非”，说自己绝不接受田产，愿哥哥享有田产的每一尺每一寸。说完两人抱头痛哭。可是蓝鼎元仍然摆着架子，非说二人不是真心实意的，并宣称：“即使你们有了这份心意，你们家里当妻子的那些人也会小肚鸡肠，绝不让人。所以你们先回去看看妻子的意思再说。三天后，衙门见。”

就在第二天，阿明的妻子郭氏和阿定的妻子林氏立即邀请族人头领陈德俊、陈朝义到了官府，要求和解。

而阿明、阿定两个人更是痛哭流涕，说：“我两个真是罪该万死，不知天理情义，叫蓝大人费了仁爱之心。今日的确如梦初醒，追悔莫及。我们发誓，永远不争这份田产了，请准许我们将这份田产捐献给佛庙寺院。”可是蓝鼎元得势不饶人，大声说道：“真是一对不孝之子！居然说出要将田产捐给和尚那些人，该用大板教训一番才是！做父亲的流血流汗，辛苦一辈子才留下了这份家当，你们兄弟二人鹬蚌相争，叫那些和尚渔翁得利，死者九泉之下能瞑目吗？照理说，做兄长的应该让弟弟，做弟弟的应该敬兄长，互让不行就要还给父亲。现在这田产只能作为祭奠你们父亲的资产，兄弟二人轮流收租祭祀，子子孙孙不得再起争端。这叫什么？一举多得！”

族人头领陈德俊、陈朝义听了这番话，频频点头称是。而阿明、阿定、郭氏和林氏听后也是感激涕零，“当堂七八拜致谢而去，兄弟妯

娌相亲相爱……民间遂有言礼让者矣”[1]。

后来蓝鼎元乐不可支地总结道：这案子如果依着一般审判方法，就应该兄弟二人各打三十大板，将田地对半分开，三两句话了断即可；而现在费了不少周折，婆心苦口，但毕竟是效果显著。你看“此时兄弟妯娌友恭亲爱，岂三代以下风俗哉。必如此，吏治乃称循良”[2]。

002　官·写在书本里的法

可以这么讲，在“兄弟争田”一案里能够解读出许多中国法律话语的叙事。现在我们尝试解说第一个叙事。

阿明、阿定为争七亩田，最后来到了蓝鼎元坐镇的官府。为什么来到官府？为什么非要蓝鼎元给个“最后的说法”？显然，他们相信官府可以一语定乾坤。乡里民间有了纠纷，争议双方有时自己是无法解决的。在这种情况下只有靠第三方拿个主意，公平了断才能作数。而既然有了衙门官府，那就是再权威不过的象征了。他们深知这点。

此外，阿明、阿定来到官府知道要举出最结实、最确凿的证据，证明父亲有个真实的意思，要将七亩田留给自己，而不是对方。这就表明他们知道官府了断纠纷是依据说一不二的“硬规矩”，也就是我们现在所说的国家法律。在蓝鼎元那里，他也说依着一般审判方法就应该兄弟二人各打三十大板，将田地对半分开。这亦表明，蓝官人头脑里也有一个国家法律的概念。虽说蓝鼎元没有拿出具体的法律条文念一遍，但是，他知道，那才是含糊不得的官府规矩。官府规矩当然有这样的意思：一份财产如果谁都不能证明属于自己，则只好“一分为二”。

在这里我们就遇到了古人和今人时常围绕法律这一现象而产生的两个意念："官"和"书本里的法"。

说来，有一部古书名叫《管子》。里面曾讲，每年的正月初一百官都要上朝，听国君向全国发布法令，即"正月之朔，百吏在朝，君乃出令，布宪于国"[3]。然后，主要官吏都要在太史那里领取法令典籍，当再次上朝时在国君面前仔细研读每一条每一款。法令宣布后，太史处留底一份，其余逐一分发下去。主要官吏拿到了法令的正本还必须星夜兼程，将法令文本传给乡里民间的小官小吏，务必要使他们立刻知晓颁布了什么法律。否则，"谓之留令，罪死不赦"[4]。

接下来就是法令执行的问题。《管子》说，法令公布后必须当即执行，有不遵从的行为，"谓之不从令，罪死不赦"[5]。此外还要仔细检查各级官府里的法令文件，看看它们和太史官那里的留底版本是否一致，不一致的一经查出便要追究问罪。《管子》认定不论什么事情都要法令先行，正所谓"凡将举事，令必先出"[6]；而且办事不符合法令的，即使卓有成效，那也叫"专制，罪死不赦"[7]。概括来说，成文的规则规矩掌握在"官"的手里就叫作"法"了。[8]

另有一部古书《韩非子》。里面说得更明白了：法律就是写明在书本中的、放置于官府案台上的东西，即"法者，编著之图籍，设之于官府……"[9]

为什么法律和"官"有着密切联系？而且还要写在书本里？

可以看出，依照《管子》和《韩非子》的意思，官吏是替君王做事的，他们首先是遵从君王的意旨，而君王当然有自己的权势和强制的力量，所以一般官吏不得不服从。另外一般官吏自己也是狐假虎威，有君王撑腰，官吏当然在服从强制力量的时候又运用了强制的力量去震慑阿明、阿定那样的小民。这样，要使法律真正有作用就必须

依靠蓝鼎元这一类的官员。于是法律就和“官”难分难解了。至于为什么要写在书本里，那是为了有案可查，免得阿明说阿明的，阿定说阿定的，使得规则毫无章法、混乱不堪，又方便小人之类的腐败官吏暗钻空子。

将法律和“官”联系在一起，又将其和书本中的规则联系在一处，是我们中国人长久以来尤为熟悉而且习以为常的法律观念。许多人觉得这是对法律现象恰如其分的描述。直到今天，打开各类讲述法律观念的书籍还可以看到大体类似的说法。有两本很权威的书就说：法律是由国家制定或认可的规范，而国家制定或认可，是说国家的立法机关或司法机关制定或认可。[10]另一具有同样权威的书也说：法律和国家权力有着不可分割的关系。[11]

“国家机关”是个现代用语，在古代差不多就是指“官府”，其内里的人物就是“官”了。说到国家权力，照样暗含着“官”的存在。制定，当然是指把规则放入书本中去。这就将法律和“官”与书本中的规则联系在一起了。

003　赏与罚

讲“官”和讲“权力”，在某一方面，便是暗含官府可以对其他人“赏”与“罚”。在“兄弟争田”的案子里蓝官人就说过：依着一般审判方式，阿明、阿定应该各打三十大板。在我们看来，如果真打了便叫“罚”。假如蓝官人见兄弟两个和好如初，故而一时兴起宣布拿出银两若干以资鼓励，那么我们就会看到“赏”。这里涉及中国法律话语的第二个叙事：法律的基本目的在于赏罚，尤其是罚。

古书《左传》曾记录春秋时期有人奉劝郑国国君郑庄公要这样：凡事不能客气，要用刑罚来纠正邪恶，而邪恶所以四处蔓延就是因为

没有严厉的刑罚。[12]另一典籍《尹文子》说：法有四个等级，其中一个就是指治理黎民百姓的法，它只要有奖赏刑罚之类的东西就可告成。[13]《韩非子》说得更形象：为了制服老虎不去用笼子，为了禁止奸邪不去用刑罚，这是尧舜那样的贤明帝王都感到为难的事情；所以设置笼子不是为了防备老鼠之类的不足挂齿的弱小动物，而是为了让那些势单力薄的人也能制伏老虎，制定法律不是用来防备那些知书达礼的贤士，而是为了使才能平庸的君主也能震慑江湖大盗那类谋反分子。[14]古代人有时相信“赏”的特殊功用，所以，声言“赏一人而天下之为人臣莫敢失礼”[15]，而赏赐十分到位平民百姓就会随之自我教化，自我教化的结果就是根本不用“惩罚”这一办法了。[16]

这便不奇怪为什么《吕氏春秋》会一语中的：“赏罚，法也。”[17]

一说“赏罚”，我们也许容易联想到它是否来自日常的“家庭用语”。在家里做父母的为了管教子女，嘴里总会提到“赏”“罚”两字。子女小，不懂事，就算是长大了在父母的眼里也还是“稚嫩小子”“黄毛丫头”。孩子做对了，父母便会给予小恩小惠（赏）；孩子做错了，父母就会拳脚相加，甚至不给饭吃（罚）。当然，“赏罚”是否真是来自家庭用语实在无从考证。但是有人说在中国尤其是古代的中国，国与家有着特别类似的结构，“以天下为一家”[18]，“国者，乡之本也；乡者，家之本也”[19]。另有人更为有趣地说：

> 提到我们的用字，这个“家”字可以说最能伸缩自如了。“家里的”可以指自己的太太一个人，“家门”可以指伯叔侄子一大批，“自家人”可以包罗任何要拉入自己的圈子，表示亲热的人物。自家人的范围是因时因地可伸缩的，大到数不清，真是天下可成一家。[20]

所以，我们时常会听到古人提到官“为民父母”的那些话。比如，有古人讲天地是万物的父母，而君臣则是小民的父母[21]；能教会说的仁君“民之父母”[22]。孔子说：“四方有败，必先知之，此之谓民之父母矣。”[23]而民国初年蔡元培先生也讲过：“一家之中，父为家长……以是而推之于宗族，若乡党，以及国家。君为民之父，臣民为君之子……”[24]这样说来，从家庭用语的角度去看“赏罚”兴许是有趣的。

在这里，紧要的是国与家的某种类似使人们无形中感到法律规定赏罚是一种再自然不过的事情。既然父母赏罚子女是天经地义的，那么国家用法律赏罚臣民也就顺理成章。在“兄弟争田”的案子里，当阿明、阿定自悔不仁不义，说要将七亩地捐给寺庙时，蓝鼎元呈现怒色，说“居然要将父亲的辛苦财产捐给秃和尚，真该大板教训一番才是”，这分明表现了蓝鼎元那类官吏自认为像父母那样惩罚兄弟两人一下没什么不应该，没什么不可以。蓝鼎元和阿明、阿定之间的位置关系，与父母和子女的关系，真有点相似。

还应注意这相似的背后更有一个重要的观念：法律是自上而下的统治工具。这便是“故法者，治之具也”[25]。在家里父母从来都是“居高临下”的，“统治”提不上，起码是“管教”。但无论怎样，子女对父母是“须仰视才见”。到了国家，百姓对法律及其背后的权力阶层也是“须仰视才见”。这是“家长主义”。如果再将“官”的观念和“赏罚”联系起来，更可以体会这里的观念何等重要。直到今时，我们许多人都以为“工具的说法”是理所当然的。有书讲：法律“首先是确认、保护和发展对统治阶级有利的社会关系和社会秩序的工具”[26]。另有书讲：

……法不单纯是调整的问题，还包括控制的问题……法所调控的对象是人们的行为，是社会关系。它与别的调控不同，其调控的主体是国家，调控的方法有三种，即允许为哪些行为、禁止为哪些行为、

必须为哪些行为……法律在调控中不仅规定了行为模式，而且明确规定法律后果，既有制裁的后果，也有奖励的后果。[27]

004 “大公无私”

现在可以提出一个问题：为何法律要成为一个统治工具？换个问法：为什么要让蓝鼎元那样的官人，去用赏罚的手段来管教阿明、阿定以及他们老婆那样的小民？这个问题很重要。

有些古人这般回答：不这样不行，因为国家里有个“公”与“私”的区分。法律是为了保护“公”的利益，而不是“私”的利益。保护“公”利益只能依靠强制的手段，因为“私”利益从来都是各不相同的，依了“私”利益就会天下失序：“私义行则乱，公义行则治，故公私有分。”[28]而法律的首要功能便在于压抑私欲。[29]“夫立法以废私也，法令行而私道废矣。私者，所以乱法也。”[30]

至于在古人的眼里什么是“公”什么是“私”，我们读些故事、传说、文人文字之类的东西，再议。

典籍《吕氏春秋》说远古时代尧有十个儿子，但尧不将天下传给儿子而是传给舜，这是“公”；到了舜的年月舜有九个儿子，可舜偏偏不将天下传给儿子倒是传给禹，这也是“公”。[31]这古书还记载，春秋战国时期有个国君问大臣：“南阳没有县令，谁可以去当县令？”大臣答：某某可以。国君又问大臣：“这人不是你的仇人吗？”大臣答：“您是问谁能担当此任，而不是问谁是我的仇人。”国君说：“答得真妙。”接着就用了那人当县令。一般百姓知道这事后都拍手叫好。过了一阵子，国君又问大臣：“国家没有尉官，谁可出任？”大臣答：某某可出任。国君说：“这人不是你的儿子吗？”大臣答：“您问谁可出任尉官，没问谁是我的儿子。”国君又说：“答得真不错。”便派这人做了尉

官。一般百姓知道后依然好评如潮。这古书最后说大臣真“可谓公矣”。[32]

相传墨家学派有个人物住在秦国，其儿子不争气不说还杀了人。秦惠王对这墨家人物说：“先生年纪大了，又没有别的儿子，此事就算了。我已下令不予追究。”但那人物非要“大公无私”，说“墨家的家法是‘杀人者死，伤人者刑’，禁止杀人伤人，此乃天下之公理。大王虽说已下令饶了他，但我不能不执行墨家的家法”。说着说着他就杀了自己的儿子。《吕氏春秋》给出了一个评论：这是申明“大义……可谓公矣”[33]。

汉安帝时期有一冀州刺史叫苏章。苏章为人公私分明，从来以为朋友是朋友，公事归公事。其一朋友在清河做太守，做下不少伤天害理的事情。苏章知道了便琢磨先私后公，将朋友最后“以公了断”。一日朋友请客，酒席之间两人畅叙平生友谊并且时而潸然泪下，可朋友依然不明日后的命运，“私”心膨胀，居然说出“人皆有一天，我独有二天”的言语，意思是苏章可对他网开一面。苏章只好言明：“今昔苏儒文与故人饮者，私恩也；明日冀州刺史案事者，公法也。”[34]果不其然，第二天一到，苏章将这朋友拿下在官府治罪结案，让“州境肃然”。[35]这故事是将墨家杀子传说的意义从亲情移到了友情。

有趣的是《韩非子》另写道：前人造字的时候特别将围着自我转来转去地做事说话叫作“私”，将有意把自我开放的言行举止叫作“公”；“公”和“私”从一开始就是水火不相容的，它们代表了两种利益。[36]而《慎子》直接说：法律是为了叫人们的行为整齐划一，这是天下共同的利益；兄弟骨肉可以受刑，亲族戚属可以残灭，但法律却是不能含糊退缩的。[37]《管子》说得更明白：“夫法者，上之所以一民使下也；私者，下之所以侵法乱主也。”[38]

由此来看，“兄弟争田”案子涉及了中国法律话语的第三个叙事，这便是强调法律是为了“公”的，而不是为了“私”的。阿明、阿定因争田告到了官府，蓝官人当然不能不管。可蓝官人说你兄弟二人太不明白事理，因这区区几亩地彼此大动肝火，本应三十大板伺候。这言下的意思之一是说：如果人人都这样争来争去，哪有乡里民间的“和谐安定”？乡里民间的“和谐安定”正是一个秩序，而秩序就是“公”。所以，法律做到了“大公无私”，那么“民安而国治”。[39]

当今的中国人也喜欢讲法律是为了“公”。有书称：“法是由统治阶级的共同利益所决定的，而统治阶级内部各个个人与这种共同利益相冲突的个人利益，是被‘舍弃’的。”[40]

005　市场上的兔子（定分止争）

当然，有人可能以为，阿明、阿定最初来到蓝官人的衙门并不是为了“和谐安定”，或说为了“公”的目的。他们只想要官府裁断那七亩地的归属。假如蓝官人认定田地应该归阿明或者阿定，那么，这就满足了其个人的利益。如此看来，官府的法律判决倒不一定是为了“公”。有时那还是为了个人的权利，或曰“私”。

不错。但是要注意，中国法律话语尤其古人的法律话语，讲个人的所有权总是为了从侧面来讲“公”的问题。而且实际上更准确来说，其中的观念并不是指现代西方人理解的那类纯粹的个人权利，而是指人与人之间必须“定分止争”。蓝官人说过，阿明、阿定不要争来争去。这么说，不是因为蓝官人认为阿明、阿定各有各的个人权利，而是因为他认为，争来争去对大家谁都没有好处，而且乡里民间还会乱了。所以为了防止纠纷，才需确定应该给谁七亩地。这种观念的深处是“防乱”两字。

当然，到了这里又涉及“兄弟争田”中的另一个中国法律话语的叙事：法律的直接作用之一是定分止争，正所谓“律者所以定分止争也”[41]。

看两个有关“市场上的兔子”的讲法。

《慎子》讲，如果一只兔子在大街上乱跑，肯定会有一大群人在后面追赶，谁都想抓住兔子，归己落袋。这群人当然包含了贪得无厌者。不过人们不会对此说三道四，因为兔子到底是谁的并不清楚。反过来在集市上就有所不同，那里的兔子满目皆是，不仅没人去抓，而且没人去看（想买兔子的人当然例外），许多人甚至觉得看一眼都是白费力气。这是什么缘故？显然，不是因为人们不想要兔子而是因为兔子已经有“主人”了。所以，就是再贪婪的人也不想去你争我夺。[42]《商君书》里也讲：野兔奔跑，百人追赶，不是因为野兔可分为一百份，而是因为“名分”说不清；而卖兔子的人充满集市，盗贼到底不敢动手，因为“名分”一清二楚。所以，如果法律不讲兔子是谁的，别说一般人，就像尧、舜、禹、汤那样的圣人照样如奔马一样追着兔子跑。[43]

在《尹文子》这本古书里，记录了一个古人的类似说法。那古人说，天下有才智、有能力的人没有一个愿意待在家里的，不会因为“老婆孩子热炕头”就心满意足；他们一定要不辞辛劳直奔诸侯的朝廷，求得一官半职。为什么？因为有利益在引诱着，而且自己的“名分”不清。相反，已经在诸侯朝廷上做官的人却都希望自己能做卿大夫就成了，并没有欲望超越本分去做诸侯，这是因为“名分”已定，利益也得到了大致的满足。[44]

自然，我们会认为，事实上做卿大夫的也想最后成为诸侯，因此那古人只是讲对了一半。可是无论怎样，“名分”定下来了总会有个约束机制在那里发挥作用，让已经做官的人规矩一些，这也是真的。难

怪《荀子》就说，法律禁止捡拾别人遗失的东西，这是憎恶人们习惯于贪得非分的东西。所以，说清这是你的、那是他的，人人都会相安无事，而不说清楚，就是只有一妻一妾的家庭也会纷乱不安——“无分义，则一妻一妾而乱”[45]。

到了民国初年，梁漱溟也讲：

“法律”这东西怎么讲？它就是要把这个权那个权规划订定明白。比如说：我能如何，你能如何，我不能如何，你不能如何，把这些弄明白，划分得清清楚楚，这便是“法律”。有了法律，彼此之间再有什么交涉，有什么纠纷冲突，便一概归法律解决了……[46]

这里还有另外一个问题。定分止争不仅是就阿明、阿定之间的民事纠纷而言的，有时，它还是“刑事”问题的出发点。这是讲，如果蓝官人判决七亩田归阿明所有，定了分，可阿定事后依然想方设法强占土地，并且这么做了，那么蓝官人就要给阿定治罪惩罚。在《列子》里可以看到一个有趣的关于“偷盗”的故事，讲的就是这个意思。

春秋战国那个时期，齐国有一世族，人称国氏，特别富有。宋国有一世族，人称向氏，特别穷困。一天，向氏家族的一个人专门来到齐国向国氏请教发财的诀窍，国氏的人说：“我的方法就是‘偷盗’。头一年偷时仅仅够一年用的。第二年偷时有点富了。第三年再偷时已经十分富裕了。从这以后，就连本乡本土的穷人都要靠我来施舍救济。”向氏家族的那个人一听异常兴奋。但是，他并不知道国氏的人到底偷了什么东西，只是认为“偷”肯定就是一般所讲的“偷”。于是，他爬墙打洞，眼到之处手到之处无所不偷，岂料没过多久便被官人拿捕，不仅关了数日，而且自己本身已有的财产也被充公。

向氏的人想不明白：为什么国氏的人偷了东西不仅富了，而且“安然无恙”？他觉得，一定是国氏的人捉弄他，没教“偷”的真正方法，接

着便去国氏家里大吵大闹。国氏的人问：“你是怎样偷盗的？”向氏的人将自己偷盗的情况一一描述。国氏的人说：“咳！这种偷法大错特错了。告诉你吧，我是偷天的寒暑冷热，地的肥沃宝藏，来使禾苗百谷生长，来收割各种作物，并且建造了我的围墙，盖起了我的房屋。我得到的飞禽走兽、虾蟹鱼鳖，没有不是‘偷’的‘盗’的。不过，你应当晓得，禾苗百谷、树木泥土、禽兽鱼鳖都是自然的产物。它们根本不是个人所有的财物。偷它们能出事吗？能犯罪吗？至于金银珠宝、珍品古玩、粮食钱财，那是别人自家的财产，偷这些东西不犯罪就怪了！”[47]

向氏的人是否太愚蠢我们且不去管。这里，我们只应注意国氏的人讲到了有些财物是别人自家的，偷了就会犯罪，这便是说有些东西“已定分”，定分之后还去侵犯，就该受到惩处。而那些没有“定了分”的自然之物就没有这个问题。所以，中国法律话语讲“定分止争”，既想说明“你应有我应有”的问题，又想说明“你不得偷我的”的问题。正像今人所抽象地说的那样：“法是对已有的或可能有的权利义务关系的认可。”[48]

006　独角兽·“法”

定分止争是讲法律的一个重要作用。可是，确定了“名分”照样会有纠纷和犯罪。应该这么说，阿明、阿定争的那七亩地本来是有“名分”的，但兄弟两个还是争了起来。争了起来而且闹到了官府，蓝官人于是就要做出一个裁决。做出裁决依据什么？首先是法律，其次还有证据。所以阿明、阿定一进官府，便争先恐后地推出自己的证据。阿明说自己有父亲的亲笔手书，阿定说自己有证人证明父亲说过的话。对此，蓝官人就要断定是非曲直，而且要有根有据地公平断定。

这里涉及中国法律话语的又一个叙事：法律是公正平直的。

在《墨子》这本史书里，讲述了一个动物断案的故事。故事说到，齐国有两个做官的因为一点小事打起官司。这官司本来不太复杂，可是不知何故一打就是三年光景，让断案的官吏始终没有办法裁断是非。齐庄公听说后十分不悦，一气之下考虑将两个臣子杀掉定案。但是他也犹豫，担心都杀了会冤枉其中一个好人。过了几日他想，还是将两人放了结案，可又担心这一放会放掉了恶人。最后齐庄公命令别人牵一头羊过来，对两人说：我现在把羊杀了，将羊血洒在神坛前的一条小沟里，你们二人就在神坛前老老实实地念自己的誓词，不得说谎，否则死羊会有所表现的。两人答应了。当第一个人念完了自己的誓词，一切照旧，什么事都没发生。但是当第二个人念誓词念到一半时，死羊突然跃起，用自己的角将其当场刺死。案子审结。[49]

这种断案方式在今天看来是莫名其妙的。死羊突然跃起将人刺死也是不可信的。就算死羊可以跃起刺人，有人也肯定会说：谁能知道这死羊究竟刺死了好人还是恶人？说不准死者正是冤枉的。所以，齐庄公用死羊来审断案子不过是无可奈何地用这来为自己找个不是断案理由的断案理由。但是，在这里重要的不是案子结得是否准确无误，而是古人相信，像羊那样的动物可以判断“誓词讼词”的真伪。

说起羊这类动物去断案的事情，有人就会想到以往古人经常提到的一个动物的名字：“独角兽”。有意思的是，“独角兽”这个动物符号在中国古代象征着法官的法律审判。

汉代王充，写就《论衡》。里面说：有一种很像羊的独角动物，本性就知道谁是有罪的，在尧舜时代，著名的大法官皋陶审案子时，只要遇到特别棘手的疑难怪案就牵独角羊过来，叫它来断定谁是有罪的，而独角羊对有罪的人就用角去触，对无罪的人则毫无反应，因此十分公正。[50] 当然，《论衡》是一本不信鬼神的书，对所谓的羊

类“独角兽”能否真的刺中有罪之人将信将疑。它说，皋陶用“独角兽”来断案，为的是叫别人害怕而不犯罪，叫“受罪之家，没齿无怨言也”[51]。

刚才讲过的齐庄公审案的故事，其发生的地方就是今天的山东一带。而这个地方恰巧是尧舜时代大法官皋陶的故乡。古人一提法律的公正审判就讲这个皋陶，就讲像羊的那个“独角兽”。

不过“独角兽”到底是不是羊那样的动物，古人似乎各说不一。有人讲“独角兽”其实是像牛那样的动物，“独角兽”头上的角“似山牛一角”[52]。有人讲那怪兽既像牛也像熊，这就是“如牛，一角，毛青，四足似熊”，它见人相互争执时就会用角去顶刺不对的人，换句话说，“见人斗则触不直”[53]。还有人说“独角兽”像鹿，另有人讲像麒麟……

不管是什么动物，反正古人都以为“独角兽”正是用来判断是非曲直的。

有点奇妙的是，“独角兽”在西方文化中也是一个具有象征意义的动物符号。有人告诉我们:

> “独角兽”是西方神话传说中的一种动物，它像马，或小羊，额头上有一只美丽的独角。这一形象最早出现于美索不达米亚平原的绘画中。[54]

有一位意大利学者讲，欧洲人总是相信存在着一种叫作“独角兽”（unicorn）的动物，它看上去像一只独角白马，性情温顺。但是经过多次周游西方世界后，欧洲人认为“独角兽”不大可能生活在西方，它倒是应该生活在一个奇特的异国。当年，马可·波罗游历中国时，就相信它在中国才应有个“家乡”。可是，马可·波罗在中国最终没有发

现“独角兽”的踪迹。只是在回国的途中，他在爪哇岛那一带看到了生活在水中的一种像“独角兽”的动物。这种动物后来经辨认不过是今天被叫作犀牛的一种独角动物。[55]

被叫作“独角兽”的动物，后来，“在西方一直是幸福和圆满的象征”[56]。

说到西方人对“独角兽”也是津津乐道，可能说得远了。而且西方人以为那动物表达的不是法律而是“幸福”的意思。不过，在此对比一下，兴许还是有意思的，毕竟西方人也谈法律的公正平直，但是不以动物来表达这里的公正平直。当然，另有一点也是应该知道的。这就是美国费城一位雕塑家1962年铸造了一个“独角兽”的青铜像。这个青铜像放在了美国宾夕法尼亚大学法学院。有人在青铜像上刻上文字，说这就是在古代中国的可以辨别罪恶与无辜的“独角兽”，还说皋陶审案的时候牵来的正是这个动物。[57]显然，这是告诉美国法学院的学生，在其他文化中“独角兽”又有了法律上的公正平直的意思。

现在，我们回过头来再看它在中国的独特意义。在中国古文中“法”字最初有个特别的写法，即在三点水的右边不是一个“去”字，而是一个“廌”字底下加个“去”字。而“廌”字指的就是“独角兽”那类动物。这般看来，“法”字本身就和“独角兽”的隐喻有着密切联系。有时古人说“法”就会想到“独角兽”，说“独角兽”就会想到“法”，讲到“法”还会想到“独角兽”公正平直地断定是非的传说。

可以这么认为，“独角兽”见着不对的人或有罪的人就会“公正地”用角去顶触。而“法”字和这个看法有个“联想”的关系。这显然是话语环流的一个侧面。由此在中国法律话语里，法律的一个意思便在于公正平直。

007　《说文解字》

刚才提到，在某些人看来“独角兽”头上的角“似山牛一角”。这种看法和东汉一个叫作许慎的文人有着密切联系。“似山牛一角”一说就见于他写的《说文解字》。但是，从中国法律话语的角度来讲，《说文解字》里的另一段话更为重要：法律可谓“刑也，平之如水，从水”[58]。“平之如水”当然是指“公平无私”的意思。“刑也”是什么意思？那是指“刑罚”的意思，大体而言就是指今天法律的一种——刑法。

无巧不成书，在中国人记载的历史中最早的几部用文字写下的法律差不多都带有“刑”字，或者基本内容都与“刑”有关。像春秋战国时期郑国人拟就的“刑书”、晋国人建造的“刑鼎”（将法律文字刻在鼎上），就带有“刑”字。而稍后的魏国人李悝编纂出了一部有名的成文法典——《法经》，里面分为六篇：“一盗法、二贼法、三囚法、四捕法、五杂法、六具法。”[59]这六篇的内容，差不多都和“刑”有关，因为其中就有“盗”“贼”“囚”“捕”这几个字。

如果说得更早一点，《左传》则记述了以“禹刑”来统称夏朝法律的故事。将夏朝的法律叫“禹刑”是为了纪念“大禹治水”传说中的禹这个杰出祖先。但是，它的出现毕竟是为了镇压和惩罚，这便有了“夏有乱政，而作禹刑”的讲法。[60]西汉有人说夏朝的法律总数没多少，可刑罚至少不下3000条。[61]而东汉的郑玄为《周礼》做注解时更精细地讲，夏代的法律里面有死刑200条，毁坏生殖器500条，凿去膝盖骨300条，割掉鼻子1000条，在犯人脸上或额上刺刻并涂墨1000条，加起来正好是3000条。[62]至于“禹刑”是否真有这般残酷，充满了刑罚，而且刑罚数目恰在3000左右，则不得而知。但是它基本上属于刑法那一类的法律倒是无可置疑的。

将“法”的意思和“刑”的意思联系在一起是古人法律观念的一个潜意识，正如美国汉学家费正清所说，中国古代“很少甚至没有发展出民法保护公民；法律大部分是行政性和刑事的，是民众避之犹恐不及的东西”[63]；也像梁启超所说的那样：“古代所谓法，殆与刑罚同一意义。”[64]梁启超解释说，古代社会里的政治，除了“祭祀斗争”，最重要的莫过于对簿公堂了，而那时并没有什么所有权的制度，婚姻那类事情也是随着习惯，所以民事官司少得可怜，刑事官司比比皆是，对于“法”也只有这样认识了。[65]有意思的是，作为民国初年著名学者的梁氏最后也不知不觉地接受了这个潜意识，鬼使神差地断言：“对于破坏社会秩序者，用威力加以制裁，即法之所由起也。”[66]

在这里，重要的是“法即刑、刑即法”的观念大致成为中国传统法律话语的一个重要思路。虽然在后来的法律观念中没人再去这么坚持这些字词，可在各种各样的论说中却暗暗现出了这个意思。比如，许多人都讲法律就是强制性的东西，它和道德不同，道德是“温良恭俭让”，而且凡事都以“苦口婆心”为能事，而法律就是板着面孔威吓，触犯了它只能是遭遇残酷的结果。有书讲：“法律规范是有国家强制力保障的规范。这是法律规范区别于其他社会规范、技术规范的重大特点……一种规范如果没有国家强制力的保证，如果违反了这种规范可以不受国家法律的制裁，那么这种规范就不是法律规范。”[67]另有书类似地说：“法是由国家强制力保证实施的，尽管不同性质的法，保障其实施的国家强制力的性质、目的和范围不同。任何法想要成其为法和继续是法，国家必须对违法行为实施制裁。”[68]

讲法律的强制性，是说法律的基本特点正在于暴力的恐吓，谁不服从便会遭遇恶果。看上去这里的意识似乎和“刑”的观念有着千丝万缕的联系。

回到蓝鼎元审理的“兄弟争田”案。在这案里虽然案子本身是个争田的民事纠纷，可是蓝官人还是在头脑里想着：照过去的规矩，这类案子应该对阿明、阿定各打三十大板，然后将田切开一半分给二人结案。这想法意味着蓝官人已经将法律审判视作不折不扣的强制“工作”。换句话说，既然案子到了官府，官人就要威风凛凛，显示法律的强制威严。这自然是“法即刑”的观念暗中操纵的结果。

谈到此处，我们可以看到中国法律话语的又一个叙事：“刑”是“法”的一个缩影，而“法”则是“刑”的繁衍产品。

008 “法官”办“鹿”案·礼

“法”的观念和“刑”的观念有一种密切的关系，这是中国法律话语的重要叙事。可在“兄弟争田”案里读者会发觉，蓝官人最后还是以“和为贵”的方式解决了纠纷。他本可以用“刑”的观念来审断案子，但是没有这样做。他说，阿明、阿定因为七亩地的区区小事打官司真是得不偿失，田产无论如何都不能和兄弟之情相比。言外之意是说人活在世上最重要的不是什么钱财，而是情义。蓝官人还婆心苦口，要兄弟两人好好想想如果自己的孩子因为财产而大闹一场，那么他们会做何感想。后来兄弟两人真是你谦我让，使案子结得圆满和谐。最终蓝官人自己也是自鸣得意，相信这样才能叫百姓静心守法。另外要注意，在断案的过程中蓝官人又说了：做哥哥的应该让弟弟，而做弟弟的应该敬哥哥。这意思是讲“上下关系”也要摆正才是。

为什么蓝官人会如此了断案子？为什么本可以快刀斩乱麻，他却偏要给自己找一堆“婆婆妈妈”的事来做？有人会讲，这是少见的“父母官”，为人负责。不过这样看问题有点简单了。其实这里涉及中国法律话语的一个独特叙事：法律应该寻求一种社会原有的和睦与秩序。

说起“和睦”，从远古时期开始人们办案就对它情有独钟。《列子》里讲过一个“法官”（古代判案的人不叫法官，这里只是借用一下这词）办“鹿”案的故事，谈的正是这个问题。那故事说春秋战国时期郑国有个人到野外去砍柴，砍着砍着发现了一只惊慌乱跑的鹿，经过三下两下的“收拾”便把鹿打死了。可他得了一只鹿又怕别人看见，于是就将鹿藏在了一个没水的池塘里，用芭蕉叶盖上。由于太激动太兴奋（恐怕是鹿挺难得到的缘故），没过多长时间自己居然忘掉了将鹿藏在哪里。这一忘不要紧，搞得他认为打死鹿和藏鹿都是自己的一场梦，一边走一边不断地念叨这事情。巧的是旁边有人听到了，那旁人便循着他念叨的线索把鹿扛走了。

第二个得鹿的人回到家对自己老婆说：“太妙了！今天遇到一个柴夫，他说梦见了一只鹿却不晓得到底藏在哪里，好像是这里或那里的。我依照他说的意思真找到了一只鹿。”但是老婆是个精明人，说：“你要分清楚，是你梦见柴夫打死了鹿，还是真有那柴夫在说梦话。现在的紧要之处在于：你真得了一只鹿，可那是不是你的梦变成了现实？要知道如果是你梦见的，那么鹿是你的，如果真有个柴夫则鹿可就是柴夫的。打起官司这是十分关键的事。”当丈夫的没有更多的鬼心眼，故而说：“反正这鹿在我手里，谁在做梦又有什么紧要的？”

再说那柴夫丢了鹿当然心里很是不平衡，回到家里左思右想，认准自己没有做梦，的的确确打死了一只鹿。想完他就睡觉了。岂料睡着睡着柴夫真的做起了梦，梦见了藏鹿的确切地方，而且梦见了他认识的一个人——即将鹿扛回家的那个人——现在正将鹿放在那人自己家里。第二天按照梦中线索，柴夫很快地到那人家里找到了鹿。于是两人立即你争我夺起来。

这一争便来到了“法官”面前。法官说：“柴夫，你的确打死了一只鹿，可后来又是凭梦中线索找到了那人，怎能说明那人手里的鹿一定

是你打死的鹿？至于你（即家里放着鹿的人），你老婆说你是梦见柴夫打死鹿的，故而找到了鹿，可你自己却说可能是梦见的也可能是听见的，如此怎能证明鹿一定是你的？我看算了吧，鹿一人一半！大家低头不见抬头见，以后还需彼此照应，和和气气比什么不强？”于是鹿便被割开了。[69]

在今人看来，“鹿”案里的“法官”与其说是“和睦”结案，不如说是“和稀泥”，哪能这般“模糊”断案？但是古人有时却以为，法律审判的目的并不在审判本身，而在审判之外。这之外，固然有个“公正平直”的追求，可也有个“和睦相处”的重要。而且更需得到的正是“和睦”。其实就在当下的某些国人看来，古人的想法也不是一无是处。“理想的社会必定是人民无争的社会；争讼乃是绝对无益的事情；政府的职责以及法律的使命不是要协调纷争，而是要彻底地消灭纷争。”[70]

中国人讲“和睦”，不免要讲到社会的原有秩序。这弦外之音是讲国家法律是人强加给社会的，而社会本身自然而然就会形成一种特有的和谐规矩。比如，在家里，父母生养子女，兄姐照顾弟妹，而待子女长大父母衰老，弟妹强壮兄姐力微，子女又要赡养父母弟妹又要扶助兄姐，这之间便会逐渐形成一种自然的家庭规矩：父母兄姐要爱护子女弟妹，子女弟妹要尊敬父母兄姐。假如不是这样，家庭关系乃至生存恐怕是难以想象的。走出家门就是亲戚家族了，在亲戚家族间同样有个长幼之分、互敬互爱和彼此帮助的问题，否则真是无法共同对付异族外邦。再往外走就到了邻里乡里，而推而广之，就到了社会……总之，我们就看到了“家法家规”“宗法族规”“乡俗民约”之类的规则规矩。

不过，谈到自然的和谐规矩我们更容易想到这个词：礼。

“礼”究竟是什么，我们按下不表，将其看作一类日常行为举止的社会规矩即可，像“见人要点头”“请客要敬酒”“走路要让人”之类的规矩，就是一些“礼”了。它是中国人自古以来的一个“专利”。有学者讲：

其实，礼与法都是行为规范，同为社会约束，其分别不在形式上，也不在强制力之大小。从形式上来看，成文与否并非决定的条件，法律不一定成文，礼亦可为成文……礼亦未尝不可以法律制裁来维持、来推行，而无损其为礼。[71]

《管子》里也提到了类似的想法，说“法者天下之仪也，所以决疑而明是非也”[72]，而“法出于礼”[73]。前句话里的“仪”字说的是仪表那类东西，而仪表就是“礼”所要表现的一个方面。《荀子》也是大谈“礼”十分重要，“《礼》者，法之大分”[74]。《荀子》的意思是说“礼”是法律的基本原则。

在这些想法之中，国家法律根本不能离开“礼”这样的社会规矩。

用人们现在熟悉的话来讲，在阿明、阿定生活的社会圈子里已经自然而然地形成了一些对人有益的社会规矩，它们是蓝官人手里的国家法的基础。国家法在制定的时候不能不顾及“礼”那样的规矩，执行的时候也是如此。有时正应该以礼来“定亲疏、决嫌疑、别异同、明是非”[75]，甚至“分争辨讼，非礼不决”[76]。因为，“礼”到底是原有的社会秩序，它和原有的“和谐”相辅相成；而这些恰是国家法律“生长”依赖的土壤条件。

国人看法律有时像蓝官人那样，内心里离不开“礼”这个概念，也离不开对“和谐”的期待。所以要是换了别人来审“兄弟争田”的案子，大体同样会提“阿明要让弟弟”“阿定要敬哥哥”，以及“兄弟之情如何如何”之类的话。不论怎样，兄弟两人争田就是破了家庭亲属的兄弟

之“礼”，坏了邻里乡里的自然“和睦”。而“礼”那样的自然而然形成的秩序加上“和睦”那样的自然情调，是社会不可忘掉的。

“追求和睦”的法律话语源远流长。

009　乡里自治

说起原有的社会秩序我们可能会大致接受这样一个看法：在国家法出现之前，阿明、阿定那样的乡里民间依靠的是自然规矩，后来国家法“出世”了，民间规矩似乎退却了。但是实际上即便是出现了国家法和蓝官人坐镇的官府，阿明、阿定有时照样会依“习俗”办事。你看，在“兄弟争田”的案子里出现过两个族人头领抛头露面，他们是陈德俊、陈朝义。这两人就是“习俗”秩序的掌管符号。当蓝官人对兄弟两人说回家和自己老婆谈妥之后再来官府，兄弟两人和老婆谈完，则是首先去见陈德俊和陈朝义，最后还把两“头人”也请到了蓝官人的衙门，仿佛两头人的作用绝不亚于蓝官人。即便是案子最后了结了，蓝官人也特别注意两头人的“点头称是”。

这里，便涉及了人们不易觉察的中国法律话语的又一叙事：小心对待乡里的秩序权威。

现代初学法律的学子容易认为，官府衙门的国家法律可以并且应该“一统到底”，大凡国家的各个角落均应对它的法律“唯令是从”。可是，阿明、阿定生活的那个中国社会是个特大的社会，不论古代还是今日，类似的乡村又从来都是星罗棋布的。正如梁启超所说，“中国国家，积乡而成”[77]。甚至像古人也说过的，“乡与朝争治”[78]。在这样的乡村里官府法律是否可以畅通无阻？是否可以横扫在城镇人——相对农村而言——看来纯属“陋习”的乡规民约？以及是否可以叫蓝鼎

元那样的国家官吏符号的作用彻底顶替陈德俊和陈朝义那样的民间权威符号的作用?

有人说，可以；有人说，困难。

应该说大致来看是比较困难的。而假如困难，就只好小心对待乡村的秩序权威了。

学者费孝通写过一本书叫《乡土中国》。在那书里费孝通把“权力”类型一分为三：“横暴权力”“同意权力”“教化权力”。他讲：“横暴权力”是指那种利用暴力进行自上而下的、不民主的、威吓性帝国式统治的力量；“同意权力”是指那些依赖黎民百姓默认、契约、退让而形成的力量；[79]“教化权力”则是指经由社会文化传统的潜流“暗中支配”而形成的有点像是“爸爸式”的力量。[80]显然，依照这三个概念，官府的法律和蓝鼎元之类的官人是比较容易和“横暴权力”联系在一起的，而“乡规民约”和陈德俊与陈朝义之类的族人头领倒是和后两种权力容易联系在一起。

费孝通提醒说，应该特别注意中国传统农业经济的“产出”能力，这能力可不足以提供横暴式权力政治所需要的大量人力、物力的资源，所以不奇怪，时常能看到某些封建帝王着迷于“无为而治”以平天下，让阿明、阿定、陈德俊和陈朝义居住的乡土社会去用自己的社区契约和教化维护社会平衡，这就使我们中国社会的“长老统治”层出不穷。[81]德国社会学家韦伯（Max Weber）也早说过，中国长老掌管的村庙“对小事有审判权……只有在事关国家利益时，政府才插手。受到民众信赖的正是这种公堂，而不是国家司法当局”[82]。

大致来说，陈德俊和陈朝义之类的民间权威在阿明、阿定的乡里扮演着一个重要的管理角色，可以将其说成“里长，里之仁人……乡长，乡之仁人”[83]。这是讲:

民间权威生长于地方“草根社会”，他们对这种社会的需求和政治反应十分敏感，并且他们的利益与“草根社会”一致，表述问题的方式无异，从而易于被接受为地方利益的代言人。在家族社区内部，他们几乎可以说是“公众意见”的传播媒介。[84]

更为有趣的是，二陈式的民间权威还有一个中介作用。有时，在阿明、阿定的乡村，蓝鼎元那样的官府权威恰恰需要通过二陈之类的“头领”来左右阿明、阿定，因为“头领”的作用发挥更容易将他们的纠纷处理得圆满顺利，更容易让阿明、阿定的乡里民间和谐太平、利益相融。“乡长之所是，必皆是之；乡长之所非，必皆非之。去若不善言，学乡长之善言；去若不善行，学乡长之善行……乡长惟能壹同乡之义，是以乡治也。”[85]这样，就可说“民间权威填补了正规的权威中心和社区中的家户之间的空间”[86]。

小心对待乡村的秩序权威，表达了一个深层的法律意涵：蓝官人的官府法律和陈德俊、陈朝义的秩序权威隐喻的乡规民约彼此有着千丝万缕的互动关系。前者“借道”于后者，而后者有时则依赖前者，于是最好是对“法”这个字做出宽松的理解，视其为既包括了“国家法”，也包括了“民间法”。

这个深层的法律话语也还另有意蕴：中国的法律语境是独特的，人们使用“法”字也是多变的，“家法”“宗法”“族法”“习惯法”等无一不是时常出现在人们的言谈话语之中的，硬给“法律”一词定个内涵，说它只是国家法律的别名，似乎是种过时的本质主义；“法律”一词像其他各个字词一样有个语境的问题，在不同地方总会有个不同的意思，对它“宽宏大量”一些便可使我们看到更多的“语词用法”，以及语词用法背后的观念企图，从而观察到更加丰富多彩的众多中国人心目中的“中国法律”的现实。

当然，“宽宏大量”，最终是因为，“国家法”和“民间法”毕竟总是糅和在一起的，尤其在中国的传统社会可发现，“政府和民间有一个共识，即‘国有定法，家有定法’，而且对于家族本身而言，家的定法是人们首先必须诉诸的，在家法之后才有国法。在民间推行宗法制度的行为，当然是政府控制社会的手段”[87]。也正像今天有学者所说的：

……在中国古代社会，国家法不但不是全部社会秩序的基础，甚至也不包括当时和后来其他一些社会的法律中最重要的部分。当然这并不意味着某种“秩序真空”的存在。社会不能够容忍无序或至少不能容忍长期的无序，结果是，在国家法所不及和不足的地方，生长出另一种秩序，另一种法律。这里可以先概括地称之为“民间法”。[88]

同时，在“国家法”的旁边有着蓝鼎元那类官人，在“民间法”的旁边有陈德俊和陈朝义之类的族人头领；这官人和族人头领都是秩序权威的一些符号。就是说：不仅要从蓝官人的身上去看“法”，而且要从二陈的身上和背后去看“法”。无论怎样，他们终究表现了不同的、但息息相关的法律权威。

010　规矩方圆

从陈德俊和陈朝义那类乡村的秩序权威去看“法”，已经和今天大多数法学家思考“法”的方式大有出入。但是，这种话语姿态肯定是有意义的。对待中国的法律文化，如果只注意蓝鼎元的官府衙门，而对二陈这样的乡间头领视而不见，也许就会一叶障目、不见泰山，甚至根本不得要领。中国的乡里民间的地域太广阔了，其法律文化因而也太独特了。

不过虽说要从官府和民间头人两个权威的角度去看法律，然而，两类权威背后的法律秩序总还有个共同之处：都在显露“规矩方圆”。

像阿明阿定来到蓝鼎元的官府，拿出证据声言七亩地是属于自己的，这就表明兄弟两人知道官府里有个标准：想要主张什么就要证明什么。这标准自然是规矩方圆。而兄弟两家找了陈德俊和陈朝义两头领，并拉两头领一起来到官府，接着蓝鼎元说到兄弟之情如何重要、乡里和谐如何紧要，这也表明两头领和兄弟两家也面对了一个标准：义重利轻。这标准同样是规矩方圆。

这样，我们便要看到中国法律话语的又一个叙事，即法律是人们说什么、做什么的规矩方圆。

一提规矩方圆我们不免会想到一些语词：“秤”“规尺”“标线”“墨绳”等等。这些都是描述日常生活里打工做事所用的“标准”的语汇。不错，想要知道房子墙面抹灰是否平整就要用标线测量；想要知道一担米是否足斤足两就要用秤来称一下；想要知道木头锯得是否方正就要用墨绳来划比；而想要知道自家种的树木是否已经成材，就要用规尺估算……

中国人讲法律思想时常喜用这些词汇。

《墨子》说：“百工为方以矩，为圆以规，直以绳……故百工从事，皆有法所度。”[89]《孟子》说：“不以规矩不能成方圆。”[90]而《慎子》讲，大禹是非常聪明的，但是如果把秤砣扔掉他照样不能辨别一钱一两的重量。反过来，如果有了天平，一丝一毫那样的差错也不会出现，别说大禹的智慧，就是以一般人的水平也能辨别清晰。所以，拿出秤和天平，在轻重上就不会受人欺骗；挥舞规尺标线，在长短上就不会有所偏差；立下法令制度，在欺诈作伪上恶人就无法施展伎俩。于是，凡事断于法律这一规矩肯定是正确的。[91]

和这类讲法相似，《管子》也以为规矩那些“标准”是用来矫正事物的方与圆的。它讲，人灵巧，可有时就是比不上粗笨的规矩有用，

因此“虽有巧目利手，不如拙规矩之正方圆也。故巧者能生规矩，不能废规矩而正方圆。虽圣人能生法，不能废法而治国。故虽有明智高行，背法而治，是废规矩而正方圆也”[92]。结论就是“法律政令者，吏民规矩绳墨也”[93]。

《商君书》还进一步说明为什么法律可以比作那些“规矩标准”：它们看得见、摸得着。《商君书》说，只要是有所作为的国王君主都会设置“秤”和“尺”，到了战国时期同样如此。为什么？因为它们太标准明确了。如果舍弃秤来判断轻重，丢掉尺来猜测长短，就算估计得“丝丝入扣”，那些生意人也不会这样做的，毕竟，那样判断猜测并非一定可靠。所以，法律“释权衡而断轻重”[94]。后来到了唐朝时期，性格刚直的魏徵也跟着说，凭着自我感觉甚至喜怒哀乐来判断是非，就是“舍准绳以正曲直，弃权衡而定轻重”[95]。当然，这里的“权衡”不是“思虑比较”“瞻前顾后”的意思，而是指“尺度”“秤”一类的东西。

有人兴许会问：为什么用来描绘法律的“秤”“规尺”“标线”“墨绳”这些词汇总是出自做小生意的商人、一般建屋造房的工匠和帮人打制家具的木匠等平民百姓的日常用语之中，而他们又是社会地位绝对不高的辛苦一族?

这是一个有趣的枝节问题。

我尝试着来解释一下这个问题。首先，应该注意，那些词汇大致来说表达了“标准”“尺度”这样一些意思。无论用在哪里，“标准”“尺度”都有个一致性，不会因时因地因人而有所变化。一杆秤在春秋战国年月是测量重量的工具，在五代十国也是测量重量的工具；用在称柴米上是一个结果，用在称油盐上也是同样的结果；让男的来称是一个秤法，让女的来称也是同样的称法。称量显然不会因为时过境迁、柴米油盐的不同，或者男女有别，而出现异样的结果。像绳墨、标尺

等，无一例外。这便是“标准”“尺度”的独特之处，自有“硬性”和“不可商量性”暗藏其中。

接下来要注意辛苦一族的实际生活。如果是做生意，没有“一准”的秤，凡秤说变就变，那么生意人就会担惊受怕、不知所措。生意的往来以至生活的基础便会大受影响。建屋造房用的标尺、伐树锯木用的绳墨在这些方面也是如此。所以，地位不高的辛苦一族以及其他平民百姓，特别依赖这些“标准”和“尺度”而过活。即便是像古代中国这样的传统农业社会，照样离不开“标准”和“尺度”。农民需要交换、建房、划地和裁木，在交换的时候便是一个准生意人，在建房的时候，便是一个准工匠，而在划地裁木的时候，便像一个使用墨绳的木匠……显然，所有这些下层黎民是社会稳定的基础。《淮南子》以为，用秤来称东西自然不会因人有私心而改变了称量的结果，所以，那是公平的标准；而用墨绳来比画东西，同样不会因人有私心而“搅乱”了曲直的结果，所以，那是正直的准则。社会依此便不会失去民心。[96] 这就随了《韩非子》的说法：“……悬衡而知平，设规而知圆，万全之道也”[97]；也随了《孟子》的说法：“民为贵，社稷次之，君为轻。”[98]

另一方面，也许就像一位外国汉学家所讲的，在中国“许多用标准度量词语描述法律的隐喻，诸如标线或秤杆等，都反映了工匠和商人的语言，而这些人在正统……等级中地位较低，但作为商人，在整个帝国各时期都具有重要的真实权力”[99]。

如此说来，用那些来自辛苦一族的“秤”“规尺”“标线”“墨绳”一类的词汇去描绘法律，可能正在于想到要让社会上下都有个“标准”和“尺度”，让人们的行为规范有个不可灵变的一致性，从而使社会踏实稳定、方寸不乱，也叫商人这个实力阶层无法挑刺。其实，《慎子》《管子》《商君书》那些古书不厌其烦地使用这些语汇，正想深一层

地说明法律的普遍性和法律面前人人平等——当然君王除外——的意思，并以此说明社会如何依赖这一点。“圣人之为国……一刑……”，而“所谓一刑者，刑无等级，自卿相、将军以至大夫、庶人，有不从王令、犯国禁、乱上制者，罪死不赦”。[100]

这种解释兴许不会太过附会牵强。如果这样，我们便会发觉法律观念实际又和利益、需求、权力等联系在一起了。

现在，再说“规矩方圆”在国家法之外的民间法或“礼”那样的规则之中的意义。

古籍《礼记》讲，“礼”对于治理国家可是再重要不过了，犹如“衡之于轻重也，绳墨之于曲直也，规矩之于方圆也”[101]。而如果把秤悬挂起来轻重就一望可知，把墨线拉扯起来曲直就一目了然，把圆规尺子树立起来方圆就毫不模糊，所以，自然所有世事都要“隆礼，由礼”[102]。《荀子》也有类似的见解，说国家没有了“礼”就会全部乱了起来，“礼”是用来治理国家的，这就像“衡之于轻重也，犹绳墨之于曲直也，犹规矩之于方圆也”[103]。至于“衡”，也就是我们现在说的“秤”。

一说“礼”这类原有的社会规矩，对其略知一二的人都会讲，那可是不讲平等的一个有关人际关系的规范，既然是这样，即使“秤”“标尺”那些词来自打工的辛苦一族，也不意味着使用它们的古书必定在鼓吹法律的平等性，起码《礼记》和《荀子》就不这样。

的确如此。不过那些词到底还是和生意人、工匠和木匠之类的一班人有着联系。这些人之中也有师徒，或者师兄、师弟、师姐和师妹的关系。在这些关系中，无论怎样都存在上下尊卑、先后有别的“礼”的规矩。只是这里强调的不是上下平等的“标准”和“尺度”，而是左右平等以及上下尊卑、先后有别的“标准”和“尺度”。所以，《礼

记》和《荀子》用那些词依然是想说明：像“礼”之类的规则还是具有普遍性的，尽管不平等。

说到这里我们可以回到主题上，概括一下中国法律话语的这个叙事：法律是一种标准或尺度，至少具有一种普遍性，不论是正规的国家法还是自然形成的民间法或习惯法，都有这类特性。法律是一种规矩方圆。

011　不同的追求

蓝鼎元描述的“兄弟争田”一案的审理过程是个很有意思的“社会文本”，寓意丰富。在前面，笔者试图用一种类似法律社会学的轻松方式来解读其中显现的中国法律话语若干叙事。其实，在中国的正史典籍、野史传说、文学作品、学人论著等“文字文本”里，相似的“社会文本”时常可见。就算是在今天，情况也依然如此。从中，我们都能发现相似或者更多更有意思的话语叙事。如果我们认为法律话语和法的实践总是互为影响、互为参照的，那么通过法律话语来理解“兄弟争田”案里的法的实践过程是重要的，而反过来通过后者去理解前者也是重要的。

蓝鼎元是个官人，阿明、阿定既是小民又是案子里的当事人，陈德俊和陈朝义则是族人头领，他们是不同的社会角色。当然我们还看到了阿明的和阿定的老婆、没有正式“出场”的证人……这些人也是不同的社会角色。在这些角色构成的社会里，当发生了纠纷，自然就需要某种东西来解决纠纷，而解决的过程本身有时又是复杂的。复杂表明参与其中的不同社会角色有时显露了不同的法律观念，甚至在同一角色身上都能看到不同的法律观念。这些观念都是暗中操纵社会角色的“隐身”话语。

像蓝官人，大致认为应该在阿明、阿定之间好好调解一番。他相信，民间的和和气气的小日子氛围要比确定田产到底归谁所有的硬判决来得更为重要。无论如何，阿明、阿定是亲兄弟，在范围有限、人口不多、乡民流动几乎为零的邻里农村，两人终归要继续生活在一起，总要低头不见抬头见，既然如此为什么不应“和平地”解决纠纷？即使看上去这有“和稀泥”之嫌。相反，如果确定田产归其中一人所有，而最终导致日后两人永远记恨以至兄弟两家世代怨仇，那岂不属于“得不偿失”？但是蓝官人还知道衙门官府里的硬规矩：两人各打三十大板然后田产对半分。他清楚，这是国家的法律规则。

像阿明、阿定两人，开始非要争个证据上的“我强你弱”，他们知道官府断案是以证据的证明为规矩的，这是国家法律。可是，经过蓝官人的婆心苦口，兄弟两人最后倒认为真正的规矩不是证据上的谁强谁弱，而是邻里乡间的和睦相处，仿佛国家法的证据规矩远不如民间习俗的“和谐”规矩来得重要。蓝官人的“调教”不仅使兄弟两人改变了对田产的争夺态度，而且使其改变了自身的法律观念。

而陈德俊和陈朝义二位族人头领对蓝官人的成功调解也是点头称是，但是，可以看出，他们并不否认蓝官人代表了官府衙门的正式法律权威。

……

在前面，从“兄弟争田”一案引申，我们还提到了“大公无私”“定分止争”“赏与罚”“公正平直”等法律话语的叙事。实际上，这些法律话语的叙事放在我们通常认为的理论学说之中恰好是中国法律思想的思绪起点。从这些思绪起点出发就可以“人为地”建立编织思路繁多、观念复杂的法律论说。

此外，也应注意，这些法律话语的叙事显示了社会角色在法律实践中对法律价值的不同追求。可以发现，面对“兄弟争田”，假如认为“书本里的官府法”是地道的唯一的法律根据，就会倾向于赞同国家大一统的帝国式的统治方式，毕竟这种“官府法”是自上而下的、一统到底的；假如认为“大公无私”是首要的法律本色，就会思考如何张扬社会的或一个阶层的“大”利益，而漠视小群体或个人的“小”利益；假如认为“定分止争”是法律的根本所在，就会喜欢“画地为牢式”的蛋糕切分，把个人的所有所得尽量说清道明；假如认为“赏罚”是法律的独特功能，就会居高临下地“俯视”地位低下的官吏和百姓，将其当作实现立法者目的的单纯手段和工具；假如认为“公正平直”是法律的最终目的，就会坚持在所有人面前“一杯水端平”，认为不得有歧视或特权；而假如认为邻里乡间的民间规矩也是一种“法”，就会相信国家法和民间法都是重要的，有时就会相信国家挥舞“官府法”压抑民间法是不会有效果的，也是没有益处的……

因此，那些法律话语的叙事自然又会走向不同的实践目的。实际上，在蓝鼎元的“兄弟争田”的案子里，在那些不同社会角色的背后，我们的确发现了多种试图左右案子判决的法律话语。这些话语暗中都想让案子的解决顺从自己暗含的价值选择，而它们无形中又是默默地不自觉地融汇了成文的法律论说。借用法国哲学家福柯的话来说，这是“权力话语”的功能。

其实，中国法律话语是在实践之中孕育的，是在类似“兄弟争田”那样的纠纷之中以及其他法律现实中冶炼的，正是从那类案子的“活动”之中，吸取养分、精雕细凿；反过来它又想在实践中一显身手，渗入社会，并不知不觉地在各类社会角色的头脑中砌筑法律思想的“意识形态”。其中的各种叙事最终都想在由蓝鼎元、阿明、阿定、郭氏、林氏、陈德俊和陈朝义等社会角色构成的法律争议的语境中，树立自己，压抑他者；或者反之，彼此同谋。

中国法律话语也是在社会意识形态的多种意念环流中熔铸的。正如笔者在“兄弟争田”中分析的那样，它们在实践的背景中，理解、分析、干预、主张，并与实践中的诸如政治、道德之类的话语意念相贯相通，从而帮助社会角色实现自己的利益、愿望和意志。这是更为根本的。

第一章　严刑峻法

前面第003小节描述过，蓝鼎元在审案时不时地大声训斥阿明、阿定，而且自认为："依着一般规矩，兄弟二人应该各打三十大板，然后再分田产了结案子。"这表明蓝鼎元认定法律的重要功能之一在于"罚"。既然想到了"罚"，那么接下来的思路就容易走向"严刑峻法"。大致而言，中国法律思想的某些理论是有这么一个倾向。

012　怕火不怕水

说到"严刑峻法"我们先讲一个"怕火不怕水"的传说。

《左传》记载，春秋时代郑国有一个宰相叫子产。子产虽说为人宽厚，可对人倒是别有一番认识，在病危之际对继任者子大叔讲过一段"人怕火不怕水"的经验分析。他说："……夫火烈，民望而畏之，故鲜死焉。水懦弱，民狎而玩之，故多死焉。"[104]子产提醒子大叔注意：运用法律必须看透这一点，广施仁政固然重要，但是某些情况下那太不实际了，将法律规定得比较严厉一定会事半功倍。

说来有意思，子大叔生性厚道，只喜欢"胡萝卜"而不喜欢"大棒"，对严刑峻法敬而远之，日日鼓吹仁爱。也许他老是记着邻国一位保守贵族叔向写给子产的一段话："昔先王议事以制，不为刑辟，惧民之有争心也。犹不可禁御，是故闲之以义，纠之以政，行之以礼，守之以信，奉之以仁。"[105]

岂料后来的世道还真是应了子产的感觉。郑国盗贼日益猖獗，终于搅得国无宁日。子大叔这才追悔莫及，随即在刑律中规定严刑，好

不容易最后才有了一点社会稳定。就连孔子后来知道了子大叔改变想法这件事也是十分赞赏。他评论说：子大叔为政宽柔，百姓容易对其不以为然，而出现了有人吃硬不吃软的时候就只有用重刑了。[106]

《韩非子》对此传说也有记载。[107]不过《韩非子》仍嫌《左传》里的传说不能彻底说明问题，故而又提到了一个传说。这传说讲在春秋战国时期的赵国上党地区，有一个姓董的郡守。董郡守一日巡视到石邑（今河北省石家庄市鹿泉区西南），看到一条很深的山涧，陡峭似墙壁，几十丈深，于是就问当地人："有没有精神、身体都很正常的成年人掉下去过？"当地人回答："当然没有。"董郡守又问："有没有小孩、瞎子、聋子或疯子掉下去过？"当地人说："也没见过。"董郡守接着又问："那么有没有牛、马、狗、猪之类的牲畜掉下去过？"当地人笑着答："还是没见过。"董郡守感慨地说："我能治理好上党地区了。假如我的法令严惩不赦，叫人们如同掉进深涧这样必死无疑，那么还有谁敢轻举妄动、恣肆犯罪？！"[108]

显然，《韩非子》是想借董郡守的口吻来讲：既然牲畜都怕死，那就不用说人了；并以此来进一步说明"怕火不怕水"的道理。

在《韩非子》里还能看到孔子和学生子贡的一段讨论刑罚的对话，通过对话，孔子这位大家似乎表现得更加赞同"怕火不怕水"的观点。原来，商朝的法律十分严酷，连在大路上倒灰的人都要处以重刑，子贡觉得这太过分了，不好理解，便向孔子请教。孔子说：这是知道治国的方法。你想，在大路上倒灰一定会扬起灰尘遮蔽人的眼睛，而遮蔽了人的眼睛人们就一定会发怒，发怒了便会相互争斗，争斗的结果就是家族相互残害、社会土崩瓦解；而有了重刑人们就会害怕，因而不会倒灰了，家族社会都会安然无恙。[109]

其实这些说法都想说明一个问题：人天生就怕火，有了这么一个规律就可以将法律规定得"残酷无情"，从而使人畏惧，使社会安稳有

序。

013　《韩非子》论杀婴

那么人“怕火”这个规律是否意味着在火一样的东西面前人就肯定不会轻举妄动了？不一定。《韩非子》说，蚕就像毛虫，鳝鱼就像蛇，本来人看见了毛虫就会汗毛悚立，看见了蛇就会心惊肉跳。但是“……妇人拾蚕，渔人握鳝，利之所在，则忘其所恶”[110]。

当然，针对《韩非子》的比喻我们可以说，妇人捡蚕一方面有利益的诱惑，另一方面也知道蚕毕竟不是毛虫；而渔人抓鳝也是一方面有利益的缘故，另一方面又知道鳝不会像蛇那样咬人。所以《韩非子》说的可不是恰如其分，甚至说其比喻可能有点不恰当，但那是枝节问题。重要的是它提醒人们注意，的确可以发现有人在火一样的东西面前依然铤而走险。其实，《韩非子》可以这么讲：即便是面对毛虫和蛇，只要它们能够带来足够的利益，有人同样可以“知难而进”，否则就不能解释为什么可以发现用毛虫做鸟食的养鸟人、卖蛇的小贩子。

在这里我们就接触到了另一个观念：只要是人就会两害相权取其轻，两利相权取其重。《商君书》说：“民之生，度而取长，称而取重，权而索利。”[111]《淮南子》也说，如果丢失羊而获得牛，人们就会认为丢东西是件好事，如果砍断手指可以保住脑袋，人们就会觉得伤残身体不是一件坏事，“故人之情，于利之中则争取大焉，于害之中则争取小焉”[112]。

《韩非子》用了许多例子来说明人的背后有个利益驱动。它讲，越王勾践爱护平民百姓可不是真的爱护他们，而是为了打仗之时能够充分地利用他们。医生在必要时会用嘴去吸病人的伤口，将浓血含在

口里，可那不是因为与病人有骨肉之亲或有怜悯之心，而是因为病人会掏钱给他。打造棺材的木匠希望别人早点丧命，这也不是因为木匠心里狠毒，而是因为别人不死棺材也就卖不出去了，正是“人不死则棺不卖，情非憎人也，利在人之死也”。[113]

重要的是，《韩非子》不仅认定一般人之间的关系背后有个利益驱动的问题，而且认定亲人之间也概莫能外。它说，父母对于孩子就是喜欢男的厌恶女的，生了男孩相互祝贺，生了女孩杀掉了事。而孩子本来都是出自父母怀抱的，父母也心疼孩子，但是父母还是要庆贺男的杀掉女的，这便是因为男孩可以带来长久的利益好处，而女孩则未必有这等效果。[114] 利益是什么？答案是男子既能给双亲养老送终，又可以引来大笔嫁妆。女子正好相反，不能赡养双亲反过来双亲还要贴上一笔嫁妆，养女无利可图。1975年才出土的《睡虎地秦墓竹简·法律答问》似乎表明《韩非子》不是信口开河。《竹简》提到当年秦朝百姓杀婴的事件随处可见。杀婴的动机可以说是“不欲其生”，生存出现了问题。

说到杀女婴，可见利益的诱惑非常重要。

如果人人都是两利相权取其重，两害相权取其轻，甚至见利而忘掉其他，那么对人的刑罚就应该是大大超过他所得到的利益。在这里就不仅是要考虑“残酷无情”的问题，而且要考虑怎样才会比“残酷无情”还严厉。不这样就不能制止人们为利益而“赴汤蹈火”，“夫以重止者，未必以轻止也；以轻止者，必以重止矣”[115] 。

014　人性恶·国家法

为什么人会“怕火不怕水”？为什么他可以为利益而“赴汤蹈火”？这涉及对人性的基本认识。

《商君书》告诉我们，人的本性就是饿了要吃食物，累了需要休息，痛苦不堪时必定去追求快乐，受人羞辱时必定去追求荣耀。这是人之常情。为了追逐利益没有不抛弃礼仪的，为了功名成就没有不“心怀鬼胎”的。可以注意，那些盗贼斗胆冒犯国家的法令，抛弃臣民的本分，弄得名声败坏、生命危险，可他们依然盗窃不止。原因是什么？利。那些所谓的高雅闲士，吃不饱、穿不暖，又折磨自己的意志、劳累自己的四肢、损伤自己的五脏，这样不算反而还摆出一副满不在乎的样子，这在旁人看来有些不可思议，可他们却偏要这样做。为了什么？名。所以，哪里有利有名人们就冲向哪里，一般臣民书生就是“生则计利，死则虑名”[116]。这些都是人之本性决定的。

读书人在《商君书》里是被看贬的，这让读书人确实感到有些不自在。可是自命高雅的读书人有时正是为了名利，而“衣带渐宽终不悔，为伊消得人憔悴”。当然这是题外话。

《管子》有时也认定人生来便是“趋利避害”的，因此“商人通贾，倍道兼行，夜以续日，千里而不远者，利在前也。渔人之入海，深海万仞，就波逆流乘危百里宿夜不出者，利在水也”[117]。《吕氏春秋》持有同样看法，说道：“人之情，欲寿而恶夭，欲安而恶危，欲荣而恶辱，欲逸而恶劳。”[118]换句话说，“人情欲生而恶死，欲荣而恶辱”[119]。

大致来讲，说“人生来如何如何”“人性本身如何如何”便是鼓吹一种“人的本质”理论。在中国法律思想中，相当一部分言说已经断定人的本质不可救药，人的所作所为没有不是性恶决定的，即便是做好事也是迂回为了自己。如果人的本质如此糟糕，那么主张严刑峻法便容易成为顺理成章的事情。这就是我们可以发现许多人坚信严刑峻法“卓有成效”的一个重要原因。“夫民之性，喜其乱而不亲其法……严刑，则民亲其法。”[120]《淮南子》不客气地说：“夫民之好善乐正，不待

禁诛而自中法度者，万无一也。”[121]晋代刘颂断言：“今为徒者，类性元恶不轨之族也”，“不刑，则罪无所禁也”。[122]

不过，中国法律思想讲人性恶同某些西方理论略有区别。某些西方理论的人性恶观念来自基督教的原罪说。原罪说是指，人类的祖先亚当和夏娃相互结合在一起，是因为夏娃被蛇诱惑偷吃了禁果。这是一个不小的犯罪行为。有了这个犯罪才出现了源源不断的人类。于是，人生下来就没有“清白”的。根据这个说法，不用看人的行为举止就可断定他是“恶劣”的。中国法律思想则是来自日常的观察。它看到总是有些“贪得无厌”、欲望无穷的人游荡于街巷，出没于乡里。自然，见多了这些人就容易得出人性不可靠的结论。中国法律思想基本是以这种不太精确的不完全归纳来说人性恶的。

此外，说人性恶，通常是指人“贪得无厌”、欲望无穷。但是人有这等嗜好是不是就可以说为“性恶”的？这是个复杂问题。中国法律思想没有花太多笔墨谈论个中道理。笔者倒以为如果是为利己而损人，或在表现欲望时行为不检、品行不端，那么就可以如此大加鞭挞了。而不断地为名利去奔忙，假如没有伤害别人，兴许不是一件坏事。当然，在中国法律思想里似乎没有出现太多的关于“性恶”的明确字词去描述人的七情六欲。可是主张严刑峻法，用它来对付人之“欲望”，等于在咬定人是“性恶”的。这里想指出的是，用国家法对付人性恶可能先要看一下人性到底是不是“恶”，或者先要琢磨一下后面这句话的意思：“所谓‘自私’，为自己打算，怎样打算法却还是由社会上学来的。问题不是在要的本身，而是在要什么的内容。这内容是文化所决定的。”[123]

另有两个问题也需说明：

第一，认为人的本质实在糟糕透顶，的确容易倾向于主张严刑峻法，就像近人胡适说的：“性恶论的自然结果，当主张用严刑重罚来制

裁人的天性。”[124] 可这不是必然的思路。我们现在假设人性就在于追逐欲望故而糟糕透顶，来看看是否另有理论。孔子也曾大谈“欲望”之类的人性，他说：“饮食男女，人之大欲存焉。死亡贫苦，人之大恶存焉。故欲恶者，心之大端也。”[125] 但是孔子有时喜好“大棒”式的严刑峻法（见前第012小节），有时却喜好具有潜移默化作用的世俗“习惯法”——礼。这样，“尚辞让，去争夺，舍礼何以治”[126] 这句话，就成为他的一个口头禅。这表明只要认为人不是死不改悔，无论他本性如何阴暗，也依然可以将严刑峻法放在一边。

第二，如果认准严刑峻法是灵验的惩治手段，那么，便容易倒过来认为一切犯罪都是来自人性恶的。可是孔子又说过，“约斯盗”[127]，即“人穷了也会去当盗贼”。《淮南子》提过：“夫饥寒并至，能不犯法干诛者，古今之未闻也。”[128] 梁漱溟在1922年也说过，“私产是引诱或逼迫人堕落的根源……”[129]，他还特别向人们讲述了这样一番经历：

记得有一次在街上看见两个巡警，用白绳牵着一个小偷走，我看了非常的愤怒，以为这全是私产制度的罪恶，与他何干，愈想愈气，直欲夺而释之，这时候，我觉得是做人最真实的时候。[130]

这里梁漱溟可能有点意气用事了，那小偷也许就是一个不折不扣的盗贼。不过梁氏的说法也的确提醒人们要注意，有些小偷偷窃真是生活所迫。笔者在这里想要说明的是，讲“穷了就去盗”，或者讲“私产制度是犯罪的原因”，都是从侧面讲犯罪有时不一定来自人性恶。假如有些犯罪的确和性恶没有关系，或者不是人自己的头脑恶劣所致，如此再用严刑峻法予以惩罚恐怕就会事倍功半，甚至事与愿违。比如，人穷了没有饭吃又无法找到其他途径去寻生活出路，不得已而偷了东西，于是被处死刑，这样有时不仅不会震慑盗窃，而且可能将人逼得无路可走最终揭竿而起。在后面第026小节，我们要讲的秦朝如何灭

亡，便和这里讲的道理有关。其实，不谨慎不节制地滥用刑罚，其结果也许就是事与愿违。不能顺着“严刑峻法”的想法，转过来坚称犯罪来自人的头脑念恶。

这里的道理显然不像《韩非子》想象的那样：

山者大，故人顺之；垤微小，故人易之也。今轻刑罚，民必易之……是故轻罪者，民之垤也。是以轻罪之为民道也，非乱国也，则设民陷也，此则可谓伤民矣！[131]

也不像《管子》所说的：

惠者，多赦者也，先易而后难，久而不胜其祸；法者先难而后易，久而不胜其福。故惠者，民之仇雠也；法者，民之父母也。[132]

015　从三万贯钱到十万贯钱

在中国法律思想的某些理论中，贬低人性与青睐重刑有着密切联系，反之亦然。于是有关国家法的观念带有了浓厚的“强制惩罚”的色彩，以至有人将整个国家法律看作了震慑的工具。但是，即使这般看待国家的法律，仍有一个颇为微妙的小问题尚需琢磨：如果国家法特别依赖蓝鼎元那样的官吏操持掌管、执行运用，那么，在这样的官人也是性恶——说人性恶当然意味着官人也是性恶的——的条件下，如何放心性恶的人（官人）去惩罚性恶的人（小民）？

先看一个故事——从三万贯钱到十万贯钱。

这故事载于古籍《幽闲鼓吹》，讲的是大唐时期张延赏的一段经历。张延赏为朝廷命官，任节度使，官职可谓十分显赫，当年“安史之乱”的主角安禄山谋逆时官职也不过如此。一天，张延赏过问一个案

子。该案牵涉许多无辜，冤情甚大，而且审理一拖再拖。他东问西查方知原来不少无形之手想暗中左右。张延赏知道实情后，开始时非常气愤，命令下级主审官十日内迅速判决。

有意思的是第二天张府案头上有个小帖子，上面写着：送钱三万贯，请别再过问该案。张延赏读后怒发冲冠，即刻叫来办案人员，大声喊道："案子结得愈快愈好！"可巧的是第三天案头上又来了一个帖子，上面印着五个金字：送钱五万贯。张大人看后更为气愤，遂命手下两日内宣判。

谁知到了第四天案头上又躺着一个帖子，数额让人口瞪目呆：送钱十万贯！这回戏剧性的情节出现了。张延赏无论如何不能"站"起来。他不仅没有生气反而自言自语道："十万贯钱可以通神。哪有不能挽回的事呢？我也应该知道不停止追究有麻烦啊！"随后对手下喊了声：你们看着办吧！

案子结果可想而知。

这故事说来尖刻。可是有办法吗？人是社会决定的，"条件"变了人能不变？不过这里笔者欲指出，像张延赏这样的官人都是开始还能拒"钱"于千里之外，后来终于无法"站"起来，何况其他意志更为脆弱的官人？显然，强调人性恶就没有理由回避一般官人也性恶的问题。

某些古书对这点是明晓的。《商君书》曰："今恃多官众吏，官立丞、监。夫置丞立监者，且以禁人之为利也，而丞监亦欲为利，则何以相禁？"[133]《韩非子》说，治理国家自然是"不求清洁之吏"[134]。

有一传说十分有趣，是讲就算看上去"一片赤诚""鞠躬尽瘁，死而后已"的那些官吏，也应对其防一手，因为那些人最终也是居心叵测，像猢狲一样树倒而四散。春秋时期齐国重臣管仲病危，齐桓公着急地

问："你这样病重，如果有个三长两短那么我该如何？你最好告诉我一些要紧的事，我先办了。"管仲说："您不问我原本也是要告诉您的。您先要将三个人除掉。他们是竖牙、易牙和开方。竖牙是管理宫内的要官，知您喜爱女色而且生性嫉妒，故而将自己阉割以表忠心。可是，根据人之常情，没人不爱惜自己身体的，自己尚且这般摧残自己，何谈能爱君主？！易牙主管宫内吃喝，知您没尝过但又想尝一下人肉，便把自己儿子的头蒸了献给您。按照骨肉亲情的道理，没人不爱自己儿子的，现在自己连儿子都杀、蒸，别说爱君主了！开方伺奉您十五年有余，他母亲不过住在临近的卫国，几天路程就到，可他一天都不回去，长期做官抛弃母亲。像这样连母亲都不爱的人怎能爱君主？！"但是，齐桓公对管仲的话将信将疑，毕竟觉得那三人是难得的忠臣。然而最后管仲的话果真应验了。管仲死后桓公没对三人"下手"。而待"……桓公死，虫出尸不葬"[135]，居然三人无一问津。当然，历史到底如何就不得而知了。

讲来，古人提到这类传说是有意强调张延赏、竖牙、易牙和开方之类的官人无一不是暗藏的"利己分子"，对其也要细心提防。

到了这里可以看出，鉴于一般官吏在人性上也是靠不住的，因而严刑峻法不仅要瞄向黎民百姓，而且要对准中小官吏甚至"朝廷大臣"，即使他们表面上看去"忠心耿耿"。正如一位美国汉学家总结的，中国法律思想里的一部分理论特别着迷这一点：

人根本上是自私的，因此，仅仅通过道德说教不可能使人成为利他主义者。国家只能根据人的自私本性，在兼顾人的一己私利的基础上，驱使其从事有利于国家的行为。所以，贤明的君主建立起明确的赏罚制度。这种赏罚制度对于在政府机构中任职的官吏来说，尤其重要……职守有缺，或者滥用职权者，受罚。[136]

接下来的结论当然就是“生来利他主义的人数量极少，而绝大多数人皆是利己主义者，因此，严厉的刑罚是必要的。制定法律，主要是针对大多利己主义者，而不是针对并不重要的利他主义者”[137]。

可是，人性恶的说法，讲的是所有人都有“邪恶之心”。这般讲法怎能将帝王之类的统治者、制定严刑峻法的那些人和讲人性恶的那个人剔除出去？帝王或其他一类的统治者也都是利欲熏心，制定严刑峻法的人也是自私自利，而讲人性恶的人更是出于“邪恶动机”来讲人性恶，如此怎能相信他们的所做所说？即便可以说少数人是利他主义的，怎能断定这三类人就是属于这些少数人？这些问题十分敏感而有趣。中国法律思想的多数理论尤其是古代的多数法律话语，对此只字不提。倒是另有少数学说羞羞答答地暗示了如何看待这些问题。我们留待后面第034小节，再来论说。

016　社会学的寓言：囚徒的困境

讲起人性恶的话题，可以看看现代社会学或说经济学里的一个有趣寓言：囚徒困境（prisoner's dilemma）。它说，有两个同谋嫌疑犯现在被人逮住并且被分别隔离审问。审问者对他们宣布：如实招供的，从轻处理；拒不坦白的或者被另一个囚徒供出来的，从重处罚。现在的境遇很有意思。因为，显然两个囚徒均面临着一个招与不招都是不妙的两难困境：招的话要被判刑，虽说刑罚可能会轻一点；不招的话被另一个供出来，结果可能更糟。于是权衡下来，两人都会觉得还是招供损失小。结果两人尽力相互揭发，接着俱被判罪坐牢，此正中审问者下怀。其实，两个囚徒是有办法摆脱两难困境的，这便是两人都不招，结果可能谁都可以不被定罪。但是这个策略特别有赖于两人的合作，有赖于两人事先有个“攻守同盟”的规矩。假如一方不守“规矩”，结果必然是两败俱伤。

注意，这个寓言可没有教唆罪犯逃脱法律惩罚的意思，其实也没有多少这样的实际意义。在社会学和经济学里，它仅仅是博弈论（game theory）的一个经典模型，时常用来解释社会经济关系中人们的合作互助现象。它形象地说明，一个圈子的成员假如没有合作的意识，每个人都从自己的角度患得患失，到头来只能是每个人的结果更糟。比如饭馆聚餐，大家说好均摊开销，如果没有事先"商量"，则自认为聪明的人就会琢磨："既然均摊，我为何不挑贵菜点呢？"而别人也会这样琢磨。结果聚餐价格反而提高了。

回到中国法律思想。对此基于人性自私而出现的"囚徒困境"，古人早已有所觉察，只是没有明确说明。而且，就像寓言里提到的审判者一样，古人也提到了君王如何可以利用类似的困境。

《商君书》讲："……夫利异而害不同者，先王所以为保也……夫事合而利异者，先王所以为端也。"[138]《商君书》还提到过一个有点蹩脚的比喻：让养马的和养鸟的官吏互相监督一点作用都没有，因为，不仅他们做的事一样，而且利益也大体一致；假如马可以说话，那么养马官和养鸟官就无法掩盖自己的罪恶了，这是因为马、鸟和这两类小官之间"利异也"。[139]之所以"利异也"，《商君书》无下文。我想，可能是因为马、鸟稍有"不听话"就会遭到虐待。

可以断定，古人议论官吏之间、小民之间的利益矛盾，显然是无意之中将官民看作"囚徒困境"中的囚徒，看作餐馆里均摊开销而又彼此算计的食客，并且希望君王一类的统治者去当"囚徒困境"中的审问者，或者去当餐馆里的店主。这些议论接下去的意图，是说明在适用严刑峻法的同时要充分巧用人们之间的利益冲突。

再说到法律问题，可以看出，这个思路无疑是将法律视为帝王统治者的精妙利器，而且是在回避帝王统治者也有性恶问题的情况下断定法律定是最好的治国工具。

017　防微杜渐的法律功能

上一小节，提到了有关“囚徒困境”的寓言。在这个寓言中囚徒是在被抓后面对审问者而遇到了两难选择。中国法律思想的一部分理论，恰恰是以类似的问题来思考如何对付实际生活中的囚徒。但是，囚徒违法后，审问者要对付，违法前，是否也有对付的问题?

其实，利用囚徒的困境来巧用严刑峻法，不仅是要事后审问和惩罚，而且是要事先提醒和告诫。人性恶的思路自然蕴涵着人人都是潜在的囚徒的结论。于是，法律就有而且应该具有防微杜渐的功能。这叫“禁奸于未萌”[140]。囚徒被审问和惩罚了，将这公布于众，潜在的囚徒有时便会犹豫甚至“悬崖勒马”。但是，“防微杜渐”还有另一方面的意思，这就是《老子》所说的“其安易持，其未兆易谋”[141]。

严刑峻法的作用是“惩戒”，也是“预防”。

人们时常以为，犹如医生看病下药一样，法律正是治疗社会的疾病。古籍《潜夫论》讲，大凡为人治病定要先知脉象的虚实，找出邪气郁结的所在，然后再开药方，这才能使疾病痊愈而寿命延长。而治理国家定要先知百姓祸乱的起因，然后想方设法去防治，这才能使奸邪难以当道，让国家长治久安。[142]现在我们举个医生的传说，来看法律的“防微杜渐”。

春秋战国时期，名医扁鹊奉召去给一个君王看病。经过对君王一番细心观察，扁鹊说：“大王您有病了，不过这病还小，尚在皮肤表面，及时治疗就没问题了。要是不治，病情恐怕会加重。”谁知那君王非说自己没病，待扁鹊走后还讲了一番挖苦的话：“医生就是喜欢医治没病的人，用这来显示自己的医术高明！”过了十天，扁鹊又见到这个君王，语重心长地讲：“大王，您的病已从皮肤下到肌肉了，再不治就会后果严重。”君王一听心里十分不悦，二话不说扭头就走。又过十

天，扁鹊再次奉召进宫，见到君王依然恳切地说："您的病已经到了肠胃里面，不治疗您会追悔莫及的！"君王听了还是一脸黑相，不理扁鹊。又是十天过去了，扁鹊发现这个君王已是不可救药，所以刚一见面转身就跑。君王立即派人追赶，问扁鹊何故见面就跑。扁鹊说："病入膏肓，没法治了！病在皮肤表面，用药熏洗还行；病入肌肉里面，来两下针灸也能解决问题；病到了肠胃，用汤药仍可以整治；可是病侵入了骨髓那就没有任何办法了。现在，大王的病已经侵入了骨髓，我只好见面就跑。"话说日子又过了五天，君王已是全身痛苦不堪，于是派人四处寻找扁鹊，可扁鹊早已逃往秦国。君王毙命。[143]

《韩非子》对此传说颇感兴趣。就其道理它有一番议论："故良医之治病也，攻之于腠理。此皆争之于小者也。夫事之祸福亦有腠理之地，故曰'圣人早从事焉'"[144]；另一方面，这也如同"千丈之堤以蝼蚁之穴溃，百尺之物以突隙之烟焚。是以白圭之行堤也塞其穴，丈人之慎火也涂其隙"[145]。

讲来讲去，在这里，法律的"防微杜渐"是说不仅要对已见到的大罪小罪给予惩戒，而且要想到可能出现的犯罪萌芽，及早用重刑威胁震慑。人都是趋利避害的，不仅有时会暴露"贼胆"，而且有时会暗藏"贼心"。"贼胆"来自"贼心"，因而在某些情况下震住了"贼心"，也就无从谈起"贼胆"。《管子》对此似乎早有高论：上上策就是事先用法律"提醒"小官平民的行为举止，中上策才是"失而能追之"，也即事后运用法去惩罚。[146]

现在，我们深入一下思考。

虽说《韩非子》喜论"防微杜渐"，但是它又提过一个事例，那事例看上去好像说明"防微杜渐"作用不大。事例讲战国时的楚国有一条河，叫丽水河，盛产金子。楚国已经颁布法令不得私自采金，否则立即在闹市分尸示众。说来这法令够重的，而且已经颁布，应有防微杜

渐的功能。然而私自采金者有增无减，就算是分尸者血流成河他们照旧无所畏惧。《韩非子》想，对大罪的处罚没有比闹市分尸更为严厉的了，但勇往直前的人还是不断，其中奥妙必定在于“不一定被抓住”，“知必死，则天下不为也”。[147]

这事例有两种读法。其一，如果利益太为诱人而且只是可能遭到不幸，那么，在这类情况下重刑法律也就谈不上“防微杜渐”了。反过来，利益不是特别诱人而且可能“偷鸡不成”，那么，法律就可以“压”犯罪于萌芽之中。说到这点，可以认为“防微杜渐”的设想有时并不乐观。然而令人不解的是，既然已经发现这个事例就应得出这个不温不火甚至与自己观点略有相左的结论，而《韩非子》，硬是没有仔细考虑过这些。不知原因何在。

其二，为什么为了禁止私自采金非要单独采用闹市分尸的酷刑？不能用些其他的办法，比如劝导、禁止私下黄金交易……与之配合？《韩非子》一类的法家文本，坚持使用酷刑这一种方法，断定其他方法收效甚微。倒是今人已经明白了其中的道理，主张“综合治理”。尽管“综合治理”的效果难说一定显著，但其高明一些则是肯定的。此外，韩非说到“知必死，则天下不为也”，可是在犯罪者那一边几乎从来都认为“死仅仅是可能的”。如此讲来，再说“知必死，则天下不为也”也就没有什么重要意义了。恰是回过头来还要想想，如何使犯罪者在各方面明白其他才是。

018　国家法的清晰与“礼”的朦胧

主张严刑峻法自然暗含了“防微杜渐”的意思。可是，真要实现“防微杜渐”就应让法律清晰明白。当人们打开法律的“文字文本”，看到了其中已有明确的“提醒”，法律才能自然起到“防微杜渐”的作用。这是中国法律思想部分理论设想的一个情形。假如我们认为，从严刑峻法

到“防微杜渐”，从“防微杜渐”再到法律文字的“清晰明白”，其中具有内在的逻辑理路，那么竭力宣扬国家法也许就是一个当然的结论。

其实，谈到国家法我们不免要将它和“礼”那样的习惯法相提并论。毕竟，在中国的法律思想语境尤其是古代的法律思想语境中，在国家法的旁边乃至内部，都有“礼”的影子或干预。可是两者又是不同的。这种不同有人说是前者清晰后者朦胧。

不难理解，国家法通常来说就是写在本本里的官府法。就像前面第002小节所提过的《管子》的讲法，国家法存在制定、宣布和记录的过程，然后由人颁布传送下去，并且在官吏之中人手一册。如此说来国家法的一条一款都是一目了然的。在今天的法律思想看来这叫法律的明确性和公开性。有书说，法律是由“国家制定或认可的”[148]，另有书讲，立法的方式大体便是制定或认可。[149]这便是告诉我们国家法的特征之一在于有案可稽。

而讲到“礼”就不同了。即使能将“礼”的内容大体说出来，人们有时也不易知道它的具体细节，毕竟它主要是在“行为举止”之中的。而且真做起来，有时“礼”就是朦胧的，查起来就要没完没了地观察“样板人”的一举一动，显然不如查看白纸黑字来得简捷容易。《管子》说：“上下有义，贵贱有分，长幼有等，贫富有度，凡此八者礼之经也。”[150]可是，什么是“义”？什么是“分”“等”“度”？这些似乎只能意会不能言传。《荀子》讲：“贵贵尊尊贤贤老老长长，义之伦也。行之得其节，礼之序也。”[151]

然而什么是“贵”“尊”“老”？什么是“伦”？这些也是朦胧不清的。就连《礼记》都说：礼“其数可陈也，其义难知也”[152]。不奇怪有学者这般解释：

礼既是富于差异性，因人而异的，所以贵有贵之礼，贱有贱之礼，尊有尊之礼，卑有卑之礼，长有长之礼，幼有幼之礼，礼仪三百，繁杂万分，不是可以茫然随意运用的。每个人必须按着自己的社会地位去抉择相当的礼，合乎这个条件的为礼，否则便为非礼。[153]

竭力主张国家法的法律思想对“礼”总是颇有微词。因为“礼”有朦胧之感，做起来也是不易拿捏，这当然使君王号令天下有所不便。而想要“防微杜渐”就要号令方便，要号令方便自然就会喜欢国家法的一套操作方式，那套方式既节约时间，又节省人力资源，毕竟无须众多礼仪“卫道士”白天黑夜四处游说。在中国古代，那些坚决提倡国家法的人士大致被叫作“法家”。法家历来都相信：

稳定的政府要以法律为其基础，因为具有确定性并且向全社会公开的法律，是用以度量个人行为的精确手段。依靠“礼”建立起来的政府就做不到这一点，因为“礼”是不成文的，在使用上各有区别，而且对其解释也具有很大的任意性。[154]

西汉汉昭帝年间，在出名的“盐铁会议”上，法家观念的倡导者桑弘羊特别讥讽了孔子重“礼”的思想。他说，当初鲁国君王将孔子赶出鲁国，绝不任用，就是因为孔子日日都将“礼仪”挂在嘴角，而“礼”又是模棱两可、繁琐不堪的，更不用说迂腐过时了，所以“迂时而不要也”。[155]

在法家的观念中，国家法清楚、明白，即便有人想钻规矩的空子也是障碍重重、绝不方便。《韩非子》讲过一个故事，里面说当年春秋战国时期的楚国，有国家法规定：大凡进宫的群臣大夫诸公子的车子不能进到宫廷的第二道门茆门，否则，看门官可以强行阻拦，直至砸车打马，而坐车驾车人也要受罚。一天，太子想要见驾，可是老天下雨，宫廷院里四处积水，太子没办法下车徒步走进宫内，便将车驾驶到茆门。到了茆门，看门官决不含糊，举起兵器便砸车打马，片刻

车毁马亡。太子十分气愤，见到楚王说：“今天下雨，庭院积水，不得已我才驾车到茆门。看门官太不讲情理，硬说我是非法的，还将车砸毁、马杀掉，太放肆了。父王您一定要惩罚他！”楚王却说：“这看门官不错。有国家法他就严格执行，就算是太子出现了也决不奉承巴结，绝对是个忠臣。加官晋爵！”[156]

当然到了最后，楚王还是悄悄地将后门打开，叫太子快出去，顺便丢给他一句：“以后别再犯这样的错误。”[157]

这故事讲到结尾，显露了楚王到底还是不愿为法律而处罚自己的儿子。但是有了国家法的白纸黑字，做国王的即便想掩错护短、有所遮拦，也无法公然破坏规矩，只好用后门“暗放一马”。《韩非子》是法家的经典文本，里面只要讲到国家法律几乎无一不是盛赞其所具有的明确性、公开性，以及这些特点带来的简捷方便和公正平直。显然，尽管国家法是楚王那样的君主的手中工具，但是，把它写出来讲出去，人人就都知道了，这种情况下，试图取巧者也只能是步履维艰。对君王来说同样如此。

法家有时有点这个意思。

这里还有另一个道理需要讲一下。像礼那样的习惯规矩本来是很有作用的，它在社会中自然地调节人们的言谈举止。但是，那些规矩毕竟有些不方便，一来像前面说的它们总是不清不楚，人们有时不太容易“照此办理”，发生了纠纷倒更容易公说公的婆说婆的，导致无休止的争论。二来习惯规矩既然是自然调节，于是有了纠纷之时就不易产生一个果断的权威断定谁是谁非，即便找到一个推举第三方来裁决的办法，也会在裁决之后不易强制执行裁决。其实，这也正是人们久而久之发展出一套国家法的历史缘由之一。国家法，一是清楚明确，二是权威果断，三是执行起来绝对不会犹豫不决。有这三种方便之处，人们青睐国家法也是情理之中了。

而再回到“防微杜渐”的方法的问题上，白纸黑字的国家法当然是个方便的首选对象。

019　官人李维棠

前一小节，讲到了国家法的明确清晰。法律一旦明确清晰，人们就容易知道该做什么不做什么，也容易知道别人做了什么是对还是错。这是中国法律思想的一个想法。相对而言，为了实现“防微杜渐”，“礼”那样的习惯规矩比起国家法的效果兴许的确显得差一些。

为了说明国家法律的明确性以及其所具有的特点，我们借用了《韩非子》里有关楚王宫看门官的一个故事。看门官最后“加官晋爵”了，但是太子并未受罚。这可说是“王子犯法不与庶民同罪”的一个例子。在中国历史中，这类例子可能俯拾即是。我们总会发觉，国人——包括那些法家——从古到今，再如何大讲法律的明确与公开，“皇亲国戚”也时常漏在法网之外，这是见怪不怪的事情。个中原因读者应该知道。

不过，“王子难与庶民同罪”不意味着“官人不与庶民同罪”，也不意味着官人可与王子享有同样的“豁免”权利。前面第015小节说过，中国法律思想中的一些理论极力揭露人性的脆弱甚至自私邪恶，认为一般官吏和平民百姓都是利欲缠身，所以，国家法律的利刃不仅指向了小民，而且对准了官人。东汉人王符写了《潜夫论》，其中就讲世道衰亡莫不根源于一般官吏和朝中大臣的道德败坏，因此，国家法律绝对不可“心慈手软”。就平民百姓来说，“……凡欲变风改俗者，其行赏罚者也，必使足惊心破胆，民乃易视”[158]，而对所有官人来说，“……刺史、守相，率多怠慢，违背法律”，所以，“法令赏罚者，诚治乱之枢机也，不可不严行也”。[159]《韩非子》也早说过：“法不阿贵，绳不挠曲……刑过不避大臣。”[160]说起来，这也算是一类“法

律面前人人平等”的观念，虽然和西方人的同类观念不太一样。西方人说君王、官人和百姓都要在法律面前平等，那有时是因为西方人相信人在上帝面前是平等的。

看个与此有关的真实案子。

清朝乾隆年间，有个县官叫李维棠。李维棠原是读书人，年轻时就特别勤奋好学。多年过后功夫不负有心人，他圆了“学而优则仕”的梦。中了举人不说又当了县官。李官人的身上确有许多读书人的韧劲和优点，可是缺点也非常令人咂舌：一是好色，二是贪钱。当然缺点是做官以后出现的。也许苦读书的人憋久了，一上官场就容易出这毛病。

李官人托人买了一个丫环。丫环虽然年纪轻轻，但是绝对不漂亮，所以一直没让他打起精神来。不过丫环有个妈妈叫杨恳娘，这人倒是异常艳丽，年纪已经过了三十岁，依然楚楚动人，过段时间就来探望女儿。李维棠盯上了这个杨恳娘，常常借机不断“性骚扰”，日子久了杨恳娘也没顶住，两人终于往来成奸。李官人还特别缺德，不仅自己“占”着这个妇人享用，而且为了赚钱将她“出租”给别人让她卖淫，自己从中抽水。

做了这些伤风败俗的事情不算，李维棠还干了骗钱的勾当。有一个年轻人叫杨拔英，年方十五便已练得一身好功夫，可惜染上了嗜赌的恶习。不知何故，也许是由于臭味相投，李官人同样好赌，李官人最后认识了这个杨拔英。其实单单是赌也就罢了。可这李维棠再次缺德到了极点，居然找了一个日子暗下圈套，用酒灌醉杨拔英后立即开设赌局，几轮过后杨拔英已经输得一塌糊涂。等到酒醒之后，在李官人的逼迫下，杨拔英只得写下赌债欠条，计算出来连本带息非常之多。

恶有恶报，不久东窗事发。李维棠到底被拿办了。根据大清例律，此官被革了职，另被判头戴枷板示众两个月，后来还被流放到四千里之远的边远地区。[161] 有这类违法劣迹的一般平民也是不少的，处罚也是大体同样。只是在这里我们清楚地看到了一个例子：一般官人和平民一样在国家法律面前并无逃避惩罚的特权。

中国法律思想的某些理论，像法家的学说，最为赞赏这类“法律面前平等处罚”的事情。正所谓“不别亲疏、不殊贵贱，一断于法”[162] 。这种赞赏，有时在法律的实际应用中，甚至导致不顾官人是否“主观恶劣”，只要官人违反了法律规矩，都要被革职处罚。这让人觉得这类学说似乎有“用力过猛”之嫌。

比如，大清道光年间有个县令叫章雷。作为一县之官章雷可说是“鞠躬尽瘁”。但是一个偶然的轿夫失职事件竟然使他也丢掉了乌纱帽。原来，一个祭祀的日子，章雷乘轿子去孔庙参拜，因为下着大雨，轿夫刘遇时和潘友又瞧见庙门外一片积水，无法落轿，致使轿子被抬进了庙里边。到了里边章雷才出轿。不妙的是依照礼仪规矩祭祀官员必须在庙门口下轿，而且大清例律规定了“违制律”，也即违反了礼制就要杖一百、革职。说来有些冤枉，当时轿子被抬到庙门口时章雷已经喊叫停轿，只是因为雨下得太大两轿夫无法听到，轿子才被抬进了庙里。不论怎样章雷和轿夫一样都被罚了。[163]

这个例子容易使人联想到人们习惯说的一句讽刺之言：把所有中小官吏一字派开，如果全部革职、逐个惩罚，当然会出现冤情错案，但是，如果隔一个办一个必定又会出现漏网之鱼……

言归正传。就像前面说的，强调“防微杜渐”便容易将注意力集中在国家法律的明确清晰的特点上。在中国的某些法律思想看来，人性是恶的，而且国家法律是帝王君主手中的统治利器，于是，关注国家法律的明确清晰就容易进一步导致对一般官人和平民百姓“一刀切

齐”的观念，即“治法明，则官无邪”[164]，“法平，则吏无奸”[165]。这也是中国部分法律思想主张“法律面前官民平等”的一个思路。到这里，自然就没有了“礼不下庶人，刑不上大夫”[166]思想的地位。

不过话得说回来，这里的问题可能不像法家想象得那样简单：“法平则吏无奸。”战国时期孟子曾和齐宣王有一段精妙的对话，对话涉及了一些紧要的方面。这些方面不想到可能是不行的。先看一下对话再说。

孟子问齐宣王：“您有一些臣子去楚国游山玩水，走前把自己的妻小托付给朋友照看，只说再见就走了。但是等从楚国回来时他们才发现自己的妻子儿女在忍饥受冻。您说对这样的人该怎么办？”

齐宣王说：“还用问？不和他交往！”

孟子又问：“专司刑法的官员不能有效地管理处置自己的手下该怎么办？”

齐宣王想都没想，答：“撤职查办！”

孟子绕了一下又问：“整个国家一片混乱了又该怎么办？”

齐宣王这时“顾左右而言他”，不知如何是好。[167]

显然，孟子的提问十分机巧。其言外之意是想说明假如所有官吏都不遵守法律了，或者大部分的官吏都对抗法律了，国家法律也就无从谈起，也就根本谈不上再去惩罚贪官污吏。我们把这里的紧要方面分为两个层次来说：

第一，法家总是以为，对一般官吏和平民百姓在法律上“一刀切齐”是君王统治的有效手段。可是，国家权力的顶端或说背后也不过是

君王等“一小部分人”。而且，权力真正发挥作用必须依赖一部分的官人，而这部分官人恰恰又是法家所说的法律所瞄向的一般官吏。怎么办？能不能对他们也是“铁面无私”？也许不能。其实，对他们好像只能依赖，不能惩罚，尤其是不能采用严刑峻法。否则国家权力的支柱就没有了。举个例子。明朝时期，太祖朱元璋为监视对付一般官吏特别设立了“检校”这一职务和“锦衣卫”这一机构，如果对“检校”和“锦衣卫”也是监视对付，甚至严刑峻法，那么，谈何对其他一般官吏的监视对付？这是一个“政治技术”的紧要方面。

第二，在法律上，也有个“支柱”的问题。国家法律的颁布就算是依赖君王等一小部分人，可它的执行却要依赖一部分官人，比如今天所说的法官、检察官和警官。没有这部分官人，国家法律就是一纸具文。法家没有过多思考，以为这部分人也是法律所要对付的，因为他们也是一般官吏，于是只要他们违法了就要被一个一个地照章查办。但是，真要这般不断地干下去，国家法律只能是徒有虚名。因为，没人支撑国家法律的运行了。这是齐宣王“顾左右而言他”的一个缘故，也是一个“法理技术”的紧要方面。

我们兴许会想，孟子的提问在理论上是有意思的，可在实践中没有多大意义。毕竟总有一部分“关键性”的官人不会不遵守法律。但是，要注意，历史上还是出现过“官人内部倒戈”，从而使国家法律“失灵”的事件。像在公元755年，当安禄山以“清君侧”为名起兵闹事，直逼得大唐皇帝西行逃往四川的时候，我们就看到了皇帝身边的“关键性”官人在马嵬驿一带硬是要求皇帝立即缢死杨贵妃，否则绝不听命，以至于皇帝一言九鼎的威严荡然无存，更不用说国家法律了。而早在春秋时代，齐景公曾命令执掌财物的官吏分发赏钱，可这官吏硬是不服从，景公命令刑官去惩罚财官，而刑官也是不服从，最后景公没有任何办法。[168]所以，孟子的提问一定有意义，而且还有更深的意

蕴，它足以叫人反省有关国家法律的一般观念，尤其是法家所说的那一套。这里暂且给出一段瞿同祖先生的议论，供读者略微思索一下：

法家所以为儒家所排斥（也可以说为贵族所排斥），便是因为他们主张法律平等主义。商君（即商鞅——笔者注）所以积怨蓄祸，为宗室、贵戚所怨望，终不免于车裂之惨，便是因为他实行了法家平等的主张，刑太子傅公子虔，黥太子师公孙贾，后又劓公子虔，公子虔因失去鼻子，愧于见人，杜门八年不出，这种奇耻大辱，自非贵族所能容忍……春秋时代，贵族确无受刑者，商君独破其例，难怪为全体贵族所深恶痛绝，若遵照当时的习惯，将公子虔、公孙贾放逐出境，甚至赐死，或将他们杀死，我想事态便不会这般严重，结恨也不至如此之深。[169]

那么，这是不是意味着在法律上使官民平等或者“一刀切齐”的想法太过天真？是不是舍此别无出路？在后面第084小节笔者再来回答这些问题。

020　“以刑去刑”的境界

在前面几小节，我们谈到了人性恶的问题，说了“防微杜渐”“法律明确”“官民平等”的问题。这些都是围绕着一个中心议题来展开：严刑峻法。中国法律思想的一些理论最为喜欢严刑峻法这个手段。但是，这可不表明它们特别嗜血成性、酷迷杀戮。其实，它们喜谈严刑峻法的目的在于，最后抛弃刑罚这个“恶魔”，如《商君书》所说：

行罚，重其轻者，轻其重者——轻者不至，重者不来。此谓以刑去刑，刑去事成；罪重刑轻，刑至事生，此谓以刑致刑。[170]

那么真能实现“以刑去刑”，或曰用刑罚来消除刑罚吗？有些理论以为当然可以。

先说它们的第一个理由。人是性恶的，也就是贪图利益厌恶痛苦。贪图利益显然包含了喜欢赏赐，而厌恶痛苦显然包含了害怕刑罚。有了这么一个规律就可以采用这样一个方法：少赏多罚。为什么？因为奖赏少一点惩罚多一点，就会更显奖赏的"金贵"，更让一般官员和平民百姓觉得奖赏来之不易，于是他们就会反过来更加厌恶惩罚、逃避惩罚，而去追逐奖赏。所以，大刑备用，外加一点小恩赐，就会奇妙地最后不用刑罚了。"罚重爵尊，赏轻刑威"，"……刑多则赏重，赏少则刑重"，这样，"重轻刑去，常官则治"。[171]

再说第二个理由。人是贪图利益的，可又特别会考虑得失。这也是一个可以利用的规律。《韩非子》讲，贪心的盗贼不会到悬崖陡峭的深涧里去采金子，金子当然值钱，但是如果到那里去采，自身性命就不能保全。盗贼再贪财还是知道冒这个险太不值得，即"……贪盗不赴溪而掇金，则身不全"[172]。所以，如果是对付小偷，就可以将刑罚的"价码"加重，比如偷一两白银就将其右手或左手砍掉，这样，在小偷的眼里偷一两白银就不值得了。显然，用今天的经济学术语来说，刑罚就是犯罪的成本，加大了成本，谁还会愚蠢地以"多投入"获得"少产出"？推而广之，将所有刑罚加重就等于是增加了所有犯罪的成本，最后的结果只会是犯罪"萎缩"了，刑罚没用了。在前面第012小节我们大致说过这点。

这两个理由在理论上听起来好像说得通，可是在实践中有没有成功的例子？《商君书》断言：有。它告诉我们，春秋时期的晋国有个晋文公，他就用严刑成功地叫晋国上下服服帖帖，最后不用刑罚了。那是讲，一次晋文公在宫里召集百官开会，规定了到会时间，但是有个叫颠颉的大臣没太在意，居然迟到。负责点名的官吏问晋文公如何处置，晋文公毫不犹豫地说："依照法令斩！"执法官立即腰斩颠颉。左右文武百官霎时目瞪口呆，暗自嘀咕："像颠颉这样的宠臣都被腰斩示众，何况我等！"从此果然全国上下规规矩矩。对此《商君书》概括

了一个结论："假道重轻于颠颉之脊而晋国治。"[173] 所以，理想的刑罚最后也就可以达到"无刑也"[174] 。另有《淮南子》也替法家说过一例。例子是讲战国时期齐威王曾抓住无盐县令弄虚作假，谎报政绩，从而重刑处罚。原来，无盐地区已经土地荒芜，粮仓空虚，牢狱更是犯人盈满。可县令还说该地区一片丰收景象，而且人人弃恶从善。后来，齐威王派人暗中察访，才知县令欺君瞒上。接着齐威王就用大鼎烧油，烹杀了无盐县令。结果是"齐以此三十二岁道路不拾遗"[175] 。这两个例子可说是"以刑去刑"的第三个理由。当然，就《淮南子》而言，它并非赞同"以刑去刑"。

在中国法律思想中"以刑去刑"的观念十分重要，值得多说两句。

前面两个理由，无非是指"一个核心""两个基础"。"一个核心"是讲人心都是贪婪无度的，"两个基础"是讲人又都会"两利相权取其大""两害相权取其轻"。这正是《韩非子》所提到过的："……欲利者必恶害，害者，利之反也。"[176] 对这些，许多法律学问给予了默认。可是，在中国法律思想的另外一些理论看来，从这"核心"和"基础"出发倒不一定可以推出严刑峻法的必要性或者"以刑去刑"的结论。前面第014小节提到的孔子的看法，就是否认可以推出严刑峻法必要性的一例。

再有《淮南子》还说，重刑是一类乱世治国的方法，它兴许不会"立竿见影"。因为，严刑一是把标准定得太高，对不能"达标"的人强行判罪；二是叫人去做许多不大可能完成的事情，对不能"胜任"者强硬惩罚；三是规定的事情难上加难，让人做起来好比登天，反过来又诛罚不敢做的人，这样的结果只能是"逼迫"本性嗜好算计的官人弄虚作假、从事邪行，以此来欺上瞒下，而叫"势利眼"的一般百姓更加"狡兔三窟"、善于躲藏。所以，"……虽峭法严刑不能禁其奸"[177] ，到时用重刑不是，不用重刑也不是，何谈"以刑去刑"?

这意思不外是暗示严刑峻法虽然可以震慑人的“算计”本能，但也可以让它“精益求精”。性恶的人不仅害怕惩罚，而且会想方设法逃避惩罚。在某些情况下甚至会出现罚得越重，逃避方法越炉火纯青的奇妙结局。这就表明重刑有时没有效果。对这点，《吕氏春秋》写得就生动了：拿臭鱼来驱赶苍蝇，苍蝇就会飞聚而来，“屡禁不止”，显然这是用招引它的方法去驱赶它，所以“桀、纣以去之之道致之也，罚虽重，刑虽严，何益？”[178]如此说来，想用刑罚来消除刑罚有些天真了。

在前面第014小节，我们提到过《管子》的一个看法：对一般百姓采取宽松赦免的政策用处不大，法律严明才是“为民父母”。这表明《管子》有时喜欢严刑峻法。但是，《管子》还讲过这样的话：“夫民富则不可以禄使也，贫则不可以罚威也。法令之不行，万民之不治，贫富之不齐也。”[179]所以，反过来就应想到这样的见解：“凡治国之道，必先富民。民富则易治也，民贫则难治也。”[180]《管子》相信，富裕了就会安居乐业，安居乐业才会畏惧刑罚。[181]

按照这样一个思路，显然不是“以刑才能去刑”，而是“以富才能去刑”了。

《淮南子》和《吕氏春秋》讲的是“技术”问题，而《管子》讲的是“社会”问题。从这两方面都可以理出反对“以刑去刑”的想法。

现在，我们试着从《管子》的看法那里发挥一下，看看可以得出什么进一步的结论。

《管子》认为，人太穷了刑罚自然也就不会灵验。如果真是这样我们就会想到这个问题：有时人就是太穷了，穷了还要犯罪，这时应该怎么办？《管子》对此似乎没有多想，只是在其他地方笼统地讲了一句“行令在乎严刑”[182]。显然，我们不能认为不灵验就不罚了，或

者不谈这个问题。从古到今国家法律对“穷人”的犯罪从未客气过，而且人们总是认为无论如何刑罚是不能丢掉的。因此，罚是要罚，问题却在于怎样去惩罚。假如我们手里有一个充满气的气球，而我们又想让气放出，不希望它那样“紧张”，那么，用手使劲挤压，结果就会让球更为“紧张”，最后“爆炸”崩手，相反，用针头轻轻扎下，气就会慢慢释放完毕。在这里，犯罪的“穷人”有时就像“紧张”的气球，而使用重刑就是用挤压的方法去逼迫，结果就可能会出现“爆炸”——造反。所以，轻罪轻罚，不弄成只要小偷小窃就砍头砍手，或者偶尔重罪轻罚、有罪不罚，这些方法有时正是用针慢慢释放“穷气”。毕竟，“穷人”犯罪有时是出于生活所迫，令其不能生活而又无处撒气，结局就是不妙的。讲到此处我们就可得出一个进一步的结论：有时罚当其罪，或者重罪轻罚、有罪不罚，也能达到“去刑”的目的。

至于前面《商君书》提到的晋文公“以刑去刑”，以及《淮南子》提到的齐威王烹杀止邪的成功例子，别人也可以找出一些与此相反的失败例子。像后面第026小节讨论的秦王朝灭亡的例子，正可以用来说明“以刑去刑”的失败。西汉陆贾说过，秦朝就是以刑罚为巢，“故有覆巢破卵之患”[183]。

鼓吹“以刑去刑”，是想表明严刑峻法不过是个手段。中国法律思想中的法家理论还时常不厌其烦地为严刑峻法左右遮掩，唯恐他人产生误解，说它是“以杀为快”。《慎子》讲，国家法律虽然十分残忍，但是“不可不行”。[184]而《韩非子》也是这般想象：“故法之为道，前苦而长利；仁之为道，偷乐而后穷。圣人权其轻重，出其大利，故用法之相忍，而弃仁人之相怜也。”[185]《韩非子》还用一般治家的道理来表明这里意思的真切。它说，观察一下就可以知道：大凡平时忍饥挨饿、吃苦耐劳、相互激励的家庭，遇到天灾人祸，依然可以渡过难关，温饱从来不成问题；而平时丰衣足食、安逸享乐、相互爱怜的家庭，别讲人祸，就是一点自然灾害带来的年成不好都会使其出现嫁妻

卖子的悲凉。[186]所以，治国用重刑，绝对就像严格治家一样，先狠而后柔，先苦而后甜。

但是，假如像前面分析的，从人性恶的前提出发，不一定非得出严刑峻法甚至“以刑去刑”的推论，那么，从关心“长远之利”显然也无法必然得出这样的推论。

深化一下以上的分析：

《商君书》《韩非子》认定人性是利欲熏心的，《淮南子》《吕氏春秋》和《管子》也大体上以为人性没有可赞扬的地方。读者既可以夸说这是“英雄所见略同”；也可以站在“维护人的尊严”的立场上贬说这是“臭味相投”，因为它们这样“作践”人自己的本性。然而，从另一个角度来看，我们到底可以发现，即使是同一个人性学说的基本前提，也能够引出不同的推论和话语。法律思想的理论是在解说千奇百怪的法律实践和人的生活，而这两样都可以为人提供不同甚至相反的推论根据。只要仔细观察和发挥想象，就能够开出多彩多样的法律思想的思路清单，得出“第一只眼”“第二只眼”“第三只眼”，以至更多只眼的角度和视域。法律思想的学说就是这样奇妙、多样……

021　罚当其罪

前一小节简略分析过，罚当其罪或者重罪轻罚、轻罪不罚，也有可能实现“去刑”的目的。中国法律思想的一些理论正是这样主张的。现在我们先讲个传说，然后仔细考究一下其中的“罚当其罪”的道理。

要讲的传说《韩非子》一书记载过。这传说讲，孔子做春秋时期卫国的相国时其弟子子皋任刑狱官。一次，子皋执法，砍掉了一个人的脚并罚这个人做了城门的看守。此事没过多久，另有人暗地里在卫国国君那里给孔子栽赃，说孔子图谋犯上作乱。卫国国君相信了，并

于一日派人四处捉拿孔子及其弟子。那天，孔子和一些弟子先逃出了城门。子皋逃得慢，到城门口时卫兵已经赶到。危急时刻，被砍脚的人突然出现，带子皋躲进城门边自己的住家内。子皋可说是“大难不死”。半夜，子皋迷惑地问被砍脚的人：“我为维护卫国法令而执法严厉，砍了你的脚，现在正是你报仇雪恨的时候，为什么你却偏要将我藏起？”被砍脚的人说：“我被砍脚，那是罪有应得，属于没有办法的事情。不过在治罪的过程中您反复推敲法令，为我说话，并希望我能免于刑罚，这些情况我都知道。而且在执行判决的时候您还焦虑不安、心里不悦，这些又表现在了您的脸上，我也瞧见了。我明白您不是徇私枉法袒护我才如此，而是出于天生仁爱之心才这样。我记得这一切。所以隐藏解救您正是要报答您的恩德。”[187]

《韩非子》记载这个传说，是否出于表明严刑峻法可以令人心服口服的目的，这就不得而知了，因为前后不见有何高谈阔论。当然，通读一下《韩非子》，会发现这是极为可能的。

但是，传说中的主角又是孔子的弟子子皋，而且孔子和弟子历来都是大讲仁义，较少鼓吹严刑峻法的。所以，解读这个传说似乎应该顺着“仁义+刑罚”的意思来推敲。兴许正是因为子皋在刑罚之上撒了些“仁义”的光环，我们才读到了被砍脚人的肺腑之言。如果的确如此，那么“仁义”之下的刑罚除了希望罪犯悔过自新之外，自有一番“罚当其罪”甚至“明德慎罚”[188]的意思。

“罚当其罪”，在今日法律思想的语汇中演变成了“罪刑相适应”，或曰“罪刑等价”。解释起来就是一个小偷窃得一元钱应有“一元钱”的罚法，窃得上千元应有“上千元”的罚法，而大盗窃取了百万元应有“百万元”的罚法。仔细说来，“罚当其罪”是难以一一对应、“丝丝入扣”的，毕竟，犯罪的方式和程度千奇百怪，而刑罚的方式和程度终有定数。单是偷窃的钱财数目等级就可以是成千上万，而刑罚最多也只

是个极刑而已。但是，“罚当其罪”是个理想目标。它想表明：无论怎样，不能为了彻底消灭盗窃就对偷一元钱的小偷适用极刑。

今人谈论“罚当其罪”，有个“公平”的观念暗中作用。这是讲我们认为偷一元钱要有“一元钱”的罚法，偷上千元要有“上千元”的罚法，那是因为我们发觉，只有这样才是“公平”的。否则我们就会感到，对上千元的窃贼的刑罚反倒要比一元钱的窃贼的刑罚轻了。而该重的反而轻了就没有公平可言。这个观念，有点受到古人“刑也，平之如水，从水”[189]的观念的影响，但更多来自西方人的法律话语的传播。

古人论证“罚当其罪”，除“平之如水”之外还有其他重要途径。《尹文子》说，滥用酷刑就没人害怕刑罚了，因为反正都是处死，如此谈何害怕和恐惧？而且日子久了更没人会认真对待国家法律的严刑威势。所以，刑罚适当，把住要害，关键时刻或者必要之处大刑到位，一般罪犯才会担惊受怕。人怕死了更会觉得“活”与“生”是珍贵的，觉得这些珍贵，国家刑罚才能彻底震慑犯罪、发挥作用。[190]显然，这是从“政治技术”的算计角度来说“罚当其罪”，与西方人“公平”的权利观念甚至古人自家的“平之如水”的观念相去甚远。

再看另一个论证途径。《吕氏春秋》提过，春秋时期有一个叫作祈奚的人，为救一个叫叔向的人于危难之中对晋国的范宣子讲了一段与赏罚有关的妙辞。他说：“我们大家都清楚，善于治国者肯定行赏不过度，用刑不乱重。为什么？因为行赏过度恐怕就会赏到奸人，用刑乱重恐怕就会罚到君子。赏奸人，罚君子，都是失败之举。当年尧舜用刑就恰到好处，尧杀了鲧而舜用大禹……这是刑罚不乱重。”接着，范宣子真放掉了叔向：“……祈奚论先王之德，而叔向得免焉。”[191]当然，《荀子》也早有类似的言论：“赏不欲僭，刑不欲滥。赏僭则利及小人，刑滥则害及君子。”[192]这和祈奚几乎是“同”途同归。祈奚那番妙辞的意思是讲乱用赏罚就会在程度上和范围上出现不当，从而放

纵了奸人、误害了君子，最后治国也是一片混乱乃至失败收场——“诛禁不当，反受其殃”[193]。或者，像《荀子》又说过的，“诛赏而不类，则下疑俗俭而百姓不一”[194]；“若不幸而过，宁僭无滥，与其害善，不若利淫”[195]。

在前面提到的《韩非子》记载的传说里，被砍脚人还讲过自己受罚是“罪有应得”。这表明被砍脚人对刑罚是心悦诚服的。但是，服气并不意味着这是严刑峻法的结果，而意味着被砍脚人认为自己的罪过应该得到这样的惩罚。换句话说，要是犯了别的罪过而得到别的刑罚，那依然是“应得”的。这就涉及了“罚当其罪”的第三个论证途径。《尚书》告诉后人，当年的周公就已经说过，要区分不断故意犯罪和过失犯罪。故意犯罪，从不间断，就算是干的细小坏事也要重罚不赦。过失做错，不慎为之，就算是闯的天大祸害也可从轻发落。只有这样人们才会心悦诚服并且相互告诫。[196]这里的说法稍作扩展便可见到其意在于：区别对待所有不同的犯罪，谨慎处罚，才会让人心服口服，使刑罚真正作用显著。

在这小节笔者较为详细地分析了“罚当其罪”的道理。我们看到，至少可以找出三个论证途径来表明“罚当其罪”如何在情在理。其实，越是可以论证“罚当其罪”，越是可以显露“严刑峻法”的偏狭一面。当然，笔者绝无意思要在“罚当其罪”和“严刑峻法”之间辩个谁是谁非，笔者只想进一步表明，对于一个法律思想主张，我们可以而且有办法找到它的理由和根据，而对于相反的法律思想主张，结果也是同样的。其实，中国法律思想的不同理论正是在各自时代、各自场合竭力张扬了自己的企图和论说。

小结

前面几小节，笔者围绕“严刑峻法”这一主题爬梳整理了中国法律思想之中的一个思路。大致来讲，这个思路从人性恶的设想出发，特别拓展了“防微杜渐”“法律清晰”“官民平等”“以刑去刑”等辅助性的话语观念，并假借这些话语观念，反复推敲、循序论说国家法律在统治方式中的特殊地位。无形中国家法律的形象逐渐“缩小”成了凶神恶煞般的刑罚形象。当然，在今天，没有多少法律思想再去鼓吹严刑峻法。但是它毕竟不是踪影全无。

其实，即便是在刑罚本身的圈子来谈问题，即便认定了人性本身实在不可恭维，我们依然可以看到“严刑峻法”不是唯一的选择。在“防微杜渐”“法律清晰”“官民平等”“以刑去刑”的观念中，可以而且也不难分析出不同的推论方向和结论。这些推论方向和结论打开了另外的观察视野和思索天地。它们提示我们，还有“罚当其罪”“贫困罪源”“以德去刑”等观念可供思考。毕竟，理论的观念是复杂的而且层出不穷，实践的社会是多样的而且丰富多彩。

第二章　教化为先

前面第021小节讲到“罚当其罪”。在讲“罚当其罪”的时候我们提到了《尚书》里记载的周公。在古人看来，周公颇有才能，是圣明君王的典范。周公小心翼翼地区分了不断故意违法和偶尔过失违法，认为前者不可姑息，后者可以宽赦，并说如此才可使人心悦诚服。但是，最为让人为之一振的是周公在做出这个区分之前提出了“明德慎罚”。[197]

显然，“明德慎罚”暗示了教化为先。国家法律由此变成了备用手段。这是中国法律思想另外一些理论的基本立场。

022　浪子回头

先读两个历史故事，再说“教化”的方方面面。

东汉献帝年间有个男子好吃懒做，成天无所事事。一日，有人对男子说：应当自食其力了，哪有七尺男儿这般颓样！男子一听觉得自己实在难看故决定振作起来发奋自强。可是如何发奋？那个年月除了“学而优则仕”外只有男耕女织了。男子从小就没有读书的兴致和雅趣，这种情形下，只好立志驾牛耕田。说来也巧，想驾牛时却没牛可驾，多年来穷困潦倒四处流浪。最后男子左思右想，心中邪念再次作祟：偷。

但“偷”也需技术。男子十分愚蠢。一日出门开始行窃，刚刚摸上牛角即被旁人抓住，被人押解到了官府。一进官府，乱刑伺候。当然，男子自知罪孽洗涤不清，故而任打任罚。到了最后男子只是哀求

万万不可将他“屡教不改”的事情告诉大官人王烈。原来，王烈曾经多次遇到男子，每次相见，王烈总是好言相劝，使得男子从来都是又羞愧又感激。只要见到王烈，男子心里总会一阵热血激荡，发誓改邪归正，尽管王烈走开后，男子不免又回到了过去。这次，男子觉得实在无地自容。

不几日王烈听说了此事，便遣人给那男子送去一段布料，明说这是奖励，以资男子再次振作，反而绝无任何震怒詈骂之词。旁人不明白，问王烈为什么会这样。王烈说：“此人窃了牛，但是怕我知其再次做错，说明他仍然具有耻恶之心。怀有耻恶之心的人必能改过从善。所以一定要奖励他。”布料送到，男子见物，已是泪流满面。

几年过去了。一天一老翁不慎将身上佩剑丢失在一条土路上，一个行人捡到后居然在那里守候到傍晚直至老翁回头寻得为止。老翁十分兴奋，便将这事告诉王烈，说这等好人足可立为常人之楷模。而王烈也想知道此人是谁，故而派人四处察访。后来得知“好人”正是昔日好吃懒做而且后又窃牛的男子，“烈使推求，乃先盗牛者也”[198]。

故事载史可以说是千年有余。每当有人鼓吹严刑峻法如何有效，有人就会提到王烈和盗牛者。显然，可以看出假如没有王烈的一片苦心，盗牛男子恐怕这次受刑后不过多日又会做坏事。但王烈明白这男子有廉耻之心，如此就有办法使其守法。“民无廉耻，不可治也……法弗能正也。”[199]而且，“法能刑窃盗者，而不能使人为伯夷之廉。孔子弟子七十，养徒三千人，皆入孝出悌，言为文章，行为仪表，教之所成也”[200]。“故创业之君，惟知其然故拳拳以教化为先。”[201]

古人讲起教化还另有一番意思：不单苦心相劝，有时还要至诚待人，以潜移默化的方式感化他人，最后使人弃恶向善。

有故事讲春秋时期有个叫季子的人在一地方任个小官。当地四处传说季子的政绩颇为骄人。孔子弟子巫马期不信，专门粗食布衣且化装前往打探虚实。一个夜晚巫马期撞见有人夜间捕鱼后又将鱼放掉，十分迷惑不解，便问捕鱼人："你捕鱼，是要得到鱼，可现在你明明捕到了却要放掉，这是为什么？"捕鱼人说："季子从不愿意别人捕捞正在成长的小鱼，现在网中都是小鱼，不放心里不安宁。"巫马期接着问："如果没有严刑你还会这样？"捕鱼人说："原来就没有严刑。对我来讲，只要季子说了我就去做。"巫马期立即回去见孔子，将所见所闻一一描述，并问孔子："为什么季子的德政妙到极点？他竟然可以叫别人做事时如同严刑峻法就在身边？"孔子说："为什么非要有严刑峻法人们才会规规矩矩？我曾问季子用何方法处理政务。他说，至诚待人就行了，那能起到无形感化的作用，远非严刑峻法所能相比。"[202]

潜移默化、无形感化，都是一种意识形态式的"道德话语征服"。这意思是仿佛有一种神秘的画外音按住你的背在说：本来你应该这样做而我不一定，但是现在我也这样做了你有什么理由不如此？这时你就做了，而且是心甘情愿地做了。这种"征服"作为一种手段可以不知不觉地深入人的灵魂深处，尤其是当存在着一种居高临下的相对位置时，效果更为突出，随之而来的还有感激之情。费孝通先生说过："儒家很有意思想形成一个建筑在教化权力上的王者；他们从没有热心于横暴权力所维持的秩序。'苛政猛于虎'的政是横暴性的，'为政以德'的政是教化性的。'为民父母'是爸爸式权力的意思。"[203] 如此可以说，季子是个例子，"道德话语征服"的例子。

相比之下严刑峻法就显得太直接、太露骨，没有什么"灵验之妙"。这也许就是或明或暗的教化方法受人青睐的深层原因。

023 "风吹草动"：德教的功效

刚才提到季子的施政是种“道德话语征服”。当然，无论怎样评判它，效果的确是不错的。《淮南子》对此有一番感慨：“上唱而民和，上动而下随，四海之内，一心同归，背贪鄙而向义理，其于化民也，若风之摇草木，无之而不靡。”[204]

不过风吹草动毕竟是表面上的事情，其中内里还有道理可待挖掘。为什么德教具有风吹草动的灵验？刑罚可说是棒打，而棒打的结果只能是小面积的青草应声倒下，其他青草依然“我行我素”；而风吹的结果当然是大面积的，甚至“所向皆靡”。这真是奇妙的对比。

瞿同祖告诉我们，有人相信这个观念：

……无论人性善恶，都可以道德教化的力量，收潜移默化之功，这种以教化变化人心的方式，是心理上的改造，使人心良善，知耻而无奸邪之心，自是最彻底、最根本、最积极的办法，断非法律判裁所能办到……一切的善行都是教化所致。[205]

相信这个观念的人肯定可被称为儒家。不过到底是谁不去管它，那是次要的事情。这里笔者只是觉得那段话里有两个意思可说：

第一，使人向善。教化正是让人知道什么是正确的，什么是错误的，要讲出道理来，叫人彻底明白为什么只能这样做而不能那样做。关键是劝人做好人。而国家法律就不同了，它“能刑人而不能使人廉，能杀人而不能使人仁”[206]。“……法令者所以诛恶，非所以劝善。”[207]反过来，想要国家法律惩恶之时劝人做好人可就画蛇添足了，而且也不大可能。

第二，使人向善是个最为彻底的解决犯罪的方法。孔子讲：“夫民，教之以德……则民有格心。教之以政，齐之以刑，则民有遁心。”[208]前面第017小节提过“贼心”和“贼胆”的关系问题。在那里，法律具

有“防微杜渐”的功能：震慑贼心。但是在这里思路却是指向了消除“贼心”，或者说将“贼心”变为“仁心”。贼心被国家法律震慑了，却有可能再次萌发，只要犯罪的条件和空间出现它便会自己跳出并带出“贼胆”。与此不同，将“贼心”变成“仁心”，也就永远没有“贼胆”的问题了。没“贼胆”自然就没有犯罪。“……教化已成，人心已正，只要心术不变，便可永不为恶，所以教化可以一劳永逸，垂之永远，使社会长治久安，不像法律只有短暂的功效。”[209]“若能如此，则人民根本便无恶的动机，一切恶的行为自无从发生，法律制裁更无存在的必要，犹之无病便无需医药疗理……”[210]其实，说起“防微杜渐”，用来形容教化倒是比用来形容国家法律更加生动、更加到位。所以梁漱溟说：

对于……子弟，应当本着教育他的意思来管教他，本着爱惜他的意思来训斥他；看他在道德上稍微有点不对，就应当及早督教他，或背地规劝他。不要等他小恶养成大恶，陷于咎戾，触犯刑罪。[211]

说来，上述两点正是突出了德教的功效，也是“风吹草动”的根本所在。因为，心悦诚服要比强行压制来得更为容易让人接受。而且，“仁心”是自然而然地向外扩展的，它显示了关心人、帮助人的自然倾向。震慑“贼心”则绝无这样的倾向。

中国法律思想的个别理论在主张教化如何有效的时候，不仅说国家法律没有效果，而且经常更以“诋毁”后者为能事。梁漱溟便讲：“刑赏是根本摧残人格的，是导诱恶劣心理的，在以前或不得不用，在以后则不得不废……”[212]可以看出，到这里，已不单是将国家法律如何贬低了，还另有摈弃倾向。主张教化的思路到了这步田地已是走火入魔。

在前面第014小节我们谈过另一问题：犯罪和“经济基础”的关系。那是讲犯罪有时和“经济困难”有着联系。“盗贼窃发之端，何尝不生于

饥饿？”[213]也许梁漱溟正是有些这个意思。他看到一小偷被人抓住后挨打，不是首先想到对窃者来说偷是对的还是错的，而是想到有个私有制暗中“逼良为盗”，所以，梁氏投去了同情的目光。[214]这是一个颇为有趣的问题，值得深究。不过，现在我们回过头来再讲这个问题是想另外问问：假如有人无衣可穿、无米下锅，那么再跟他进行“婆心苦口”的道德说教，是否有效？是否有点“假情假意”的味道？

《孟子》记载了孟子的一段言词，与这里的问题有关。孟子说，没有钱财却能坚守高尚情操的人，当然是很有修养。但是这类人纵然可以发现，也是凤毛麟角。没钱却坚守高尚情操对一般黎民百姓来说就更不大可能了。没有钱财也就没有道德观念：“若民则无恒产，因无恒心。”[215]孟子接着说，最好先让百姓衣食暖饱，对上可以赡养父母，对下可以抚养妻小，而且到了灾年也不会饿死，“然后驱而之善，故民之从之也轻”[216]。也许是当年兵荒马乱、民不聊生，所以我们又见孟子讲：现在叫百姓度日如年，使其不能赡养父母、抚养妻小，年成好了还要劳碌不止，遇上灾年更是忍饥挨饿，到了这时人们没有不是想着自己的生存的，谈何“暇治礼义哉”？[217]

顺此思路，衣食饱暖是个根本。没有它们也就没有了教化的功效。这或许也是一种“经济基础”决定“上层建筑”的说法。

孟子心地善良，愿为平民百姓代言。他讲，饭都吃不饱还谈道德理念？而没有道德理念，小偷小摸也就没什么可惊讶的了。不应该的是为官为君者看到这些后，还是以为百姓缺德无良，要么对其说些饿死事小、“缺德”事大之类的话，要么利用大刑法律去惩罚他们。有道德的统治者绝对不会如此怪罪陷害平民百姓：“……从而刑之，是罔民也。焉有仁人在位罔民而可为也？”[218]

讲到这里，可说在人贫苦之际不仅国家法律的严刑处罚，就是温柔有加的伦常教化，都是没有什么效果的，反倒有些别扭之处。我想，孟子主张这些理论，如果遇到前一小节提到的盗牛者，可能不会像王烈那样反复教化，也许会首先仔细查问盗牛者是否穷困之极再做理论。这样一来，孟子等于是在提醒一件可能的事情：就算盗牛者改邪归正了，但是日子过得再久点，又到了贫困而无机会生存下去之时，盗牛者也许又会走上犯罪道路。

孟子的说法是否有理深刻，读者自己断定。

我们现在再说另外一种对教化的批评。这是来自法家的重要文本——《韩非子》。先看一下《韩非子》记录的一个传说：

在尧舜时代，历山的农民时常为田地的界线划分发生纠纷。舜来了，在那里耕了一年地，一切随之变得平静祥和。接着黄河边的渔民又为捕鱼而争占水中的高地。舜又来了，捕了一年鱼，渔民也不再争执了。过了一段时期，东边的少数民族制造陶器出现混乱，制造的陶器还没拿起，一半已经碎掉。舜还是来了，和陶工们一同起早贪黑，时过一年陶器质量大变。孔子感叹地说，耕地、捕鱼和制陶都不是舜的分内事，而舜到那些地方恰是为了纠正败坏的风气，这是仁厚，亲临艰苦环境，使民顺从，十分难得，而圣人的品格正是依此感化他人。[219]

在这个传说后，《韩非子》有一段议论："……舜救败，期年已一过，三年已三过。舜有尽，寿有尽，天下无过以已者；有尽逐无已，所止者寡矣。"[220]这意思是说以有限去对付无限，能奏效的当然屈指可数。

按照这个结论，可以想象，无论王烈那样的好心大官人如何逐个教化盗牛者，天下都依然会不断出现盗牛者，而且王烈怎么可能天天

去教化？教化，只能收效甚微。

其实，从某种角度来说，正是以这个结论作为理由，《韩非子》反过来又证明了国家法律的效果："赏罚使天下必行之，令曰中程者赏，弗中程者诛。令朝至暮变，暮至朝变，十日而海内毕矣，奚待期年。"[221]

教化和国家法律是否真像《韩非子》所说的那样？《韩非子》讲的有点道理，相对国家法律，教化似乎费时费力。但是仔细琢磨一下可能便会发现事情并非如此简单。我们可以这样来讲：那是有点无法说清的问题。因为，国家法令颁布后，人们的确可以看见"白纸黑字"，立刻知道国家法律，可是这不意味着人在行动上真会即刻守法。像盗牛者当然已经知道国家法律是禁盗的，但是到了无法克制的时候还要偷牛，而禁止盗窃法令的颁布恐怕早已是多年甚至更长时间的事情。更重要的是，还有其他更多的潜在盗牛者，他们也都早已知晓国家法律的颁布。在官府这一边又有执行法律的问题。对有关盗窃的国家法令，官府兴许还会执行得一丝不苟（其实有时也有徇私枉法的）。可是，对另外一些法律，比如地方向中央进贡纳税的法令，地方官府也许就会阳奉阴违。某些有令不行，涉及十分棘手的从"法律文字"到"法律行为"的复杂转换。在法律思想中，"说一套"（法律颁布）和"做一套"（实际所为）从来都是令人大伤脑筋的。国家法律颁布多年以后还是形同虚设，绝对不是一件奇怪的事情。

根据这一分析，《韩非子》的想法显然比较片面。有些法令别说朝令夕"变"，就是十年渐变都是一个可望不可即的幻想。讲到这里我们也许就能感觉出，如果教化费时费力，实现国家法律的"令行禁止"同样是种费时费力的事情。而说清哪个省时省力，本身就费时费力。因为说不清。《韩非子》以为，向世人说了不得做什么并且加以威慑，就会出现老老实实、唯唯诺诺，可是人——当然是一些人——

历来都会“狡兔三窟”、巧妙规避甚至拒不服从。其实这也应该是《韩非子》喜论的“人性恶”的一个必然结论。[222]

此外，倘若细细观察一下也许就会发觉，在有些时候和有些地方国家法律的畅通无阻恰恰是教化潜在协助的结果。教化到位，人心规矩。人心有了规矩的习性，自然也就依法行事了。说到这点可以认为，人有时并不是因为害怕惩罚才唯国家法律是举，而是因为觉得只有这样做了才会心安理得，觉得这样做了才是正确的。这对于一般人是如此，对于官人也是如此。而对官府中最后掌管国家法律大权的官人来说它可能是尤为重要的。对于后一点也即官人的问题，我们深说两句。

试想一下，一个小偷盗窃了，就需要有官人来依照国法去抓他判他，而抓他判他的官人如果失职了，没有抓他判他，就需要另外一些官人来对这些官人依法惩办……这个过程不会是没有终点的。这是什么意思？这是说在一个国家里，总有一批官人的背后不存在被抓被罚的问题，他们通常是国家法律的最后“支柱”。在前面第019小节我们说过与这有关的问题。不过，在那里我们更为关心国家法律在“政治技术”上依赖着哪些最后的力量。在孟子的巧妙问诘下，齐宣王知道，国家在所有官人全部“变心”之时也就不可收拾了，所以只好“顾左右而言他”。[223]而在这里我们想进一步说明，如果想使国家法律运转，就会存在对那些关键官人（掌握最后的法律权力）的教化问题，因为，对他们，不会也不可能存在国家法律上的惩罚威慑，只有劝其积极主动地执行法律。显然，《韩非子》又是没有想到这些更为复杂的问题。对那些主张教化的人来说，这等分析是个自然的思路，可他们也是没有讲出早已应该说出的道理，去以《韩非子》之道治《韩非子》之身。

笔者这番有关《韩非子》对教化的批评的议论，只想表明教化有其作用，而且作用有时至为关键，就对国家法律本身的“支柱”来说它甚至是第一位的。即便教化真是“老牛拉破车”，这破车也要拉着并且松懈不得。

当然，在这里尚存在着一个对教化的关键批评，这就是：的确有人死不改悔，无论你如何好言相劝，他依旧我行我素。王烈大官人叫盗牛者“浪子回头”了，可那也许既是由于王官人诲人不倦的功夫，又是由于王官人的运气不错。运气不错是说他遇到了一个“可教诲”的盗牛人。如果盗牛者硬是屡教不改，那么结果可想而知。教化不是万能的。到了这时恐怕也只有靠国法。

至于教化的失败出现在前面说过的关键官人（掌握最后的法律权力）身上时，问题应该如何解决，笔者实在无从回答。该抓屡教不改的盗牛者的官人硬是不抓，而且该抓此一官人的另一官人硬是不抓，自然也就没有办法了。像前一小节提到的季子，假如不仅不是清官，而且徇私枉法，而监督季子的官人也徇私枉法，那么国将不国。对此，国法本来就是没有办法的。这里问题的棘手兴许就是孟子前面问诘的那个困难（见前第019小节和本小节前面部分）的一个翻版：天下的教化全失败了该如何？说到这里，笔者即使不像齐宣王那样“顾左右而言他”，也只好低头不语。一言以蔽之，这世上有些事情可能只有等待运气。

024　人有恻隐之心

鼓吹教化有时和相信人性善有着密切联系，如同主张严刑峻法有时和认定人性恶有着密切联系。王烈相信盗牛者可以教化是因为他发觉男子尚有廉耻之心，而廉耻之心，在一些中国法律思想来看，正是人性善的一个侧面表现，“羞恶之心，人皆有之”[224]。

性善也许就是教化的基础。

讲起性善我们容易想到孟子的学说。《孟子》记载："孟子道性善，言必称尧舜。"[225]不过孟子讲性善倒是很有策略。他并不上来就讲"人性本质"如何如何的"宏大话语"，而是从生活经验的角度循循善诱地给你讲述人大体上是怎样"善良"的，从而低调道来"人性善"的故事。

他说，假如有个幼童不慎掉进井里，谁都会心里万分焦急。为什么？因为人有恻隐之心。肯定不是因为有谁想去结交幼童的父母，有谁想在邻里乡间博得一个好名声，更不是因为有谁厌恶幼童的哭喊声。大凡正常人都会这样。[226]依照孟子这番见解，我们可以推而广之地认为，要是见到有人不幸受了伤，心理正常的人会万分焦急。所以，接下来我们就见到了孟子的以点带面的这段话："恻隐之心，人皆有之；羞恶之心，人皆有之；恭敬之心，人皆有之；是非之心，人皆有之。"[227]有意思的是，反过来，孟子从恻隐之心又以点带面地说："无恻隐之心，非人也；无羞恶之心，非人也；无辞让之心，非人也；无是非之心，非人也。"[228]

在相当程度上恰是以类似孟子的这种性善说为起点，中国法律思想的一些理论更为青睐甚至强调教化的功能。

有读者可能会对孟子提出这样的有趣问题：有时，幼童的确是自己不慎掉下井里的，可是，有时有人会将幼童丢下去，如果有人这样，那么我们怎么会看到他"万分焦急"直至具有"恻隐之心"？有时，有人会和幼童的父母结有世代冤仇，此时，当幼童掉在井里，他们不会幸灾乐祸？如此谈何"恻隐之心"？就我们推而广之的例子来说，假如有人受了伤是他人行凶的结果，那么行凶者怎会"万分焦急"？

这些有趣的问题可以将人引向深层疑问：通过从经验观察得出的结论怎能断定人性是善的？而且，我们可以看出，顺着这些有趣问题的思路似乎又可列出说明人性恶的经验事例的一系列清单，这便会导致在人性问题上，大讲人是如何性恶的。最后结果：孟子可讲人性善，反对者可讲人性恶。这是公说公有理，婆说婆有理了。

孟子早已遇到这类棘手问题。《孟子》记载：有人便说人之本性无谓善恶；另有人讲，人性本身既可使人向善也可使人向恶，有了周文王、周武王，百姓就会跟着向善，有了周幽王、周厉王，百姓就会跟着作乱；还有人直接折中地讲，有性善的人，有性恶的人，所以尧舜圣明而窃贼败坏。[229] 孟子是这般应对的：性善，“求则得之，舍则失之”[230]，人与人之间的表现差异很大是因为有人没有充分发挥他们自己的良善本性，自甘堕落，“或相倍蓰而无算者，不能尽其才者也”[231]。孟子的应对是有意思的。

不过，我以为虽说孟子讲性善颇为有策略，可他对那些棘手问题的回答显得有些无可奈何。本性良善，而又“求则得之，舍则失之”，就像是说：去挣有钱，不挣没钱，而钱本身就是你自己所有的。可既然钱是人自己所有的，那么谈何人去挣钱？这是绝对说不通的，而且有点匪夷所思。还有一个问题，既然人是性善的，那么怎会有个“舍”的事情发生？只有当人有点“恶”心的时候才有可能将自己的好心舍弃掉。好心不可能把好心丢掉。其实，这也不是孟子一人无可奈何的事情。非说人性善，难免捉襟见肘。

我们这般解读孟子的性善说，是想表明，中国法律思想在涉及教化这个问题时总会大致在经验上说说人性是如何“可教”的。不少古人喜欢讨论“性善性恶”的本质论。可是，他们并没意识到，大凡讲到人的本质这样或那样就会遇到相反的例证，从而遭遇无法自圆其说的理

论尴尬。因为，社会问题和人的问题太复杂了。找个利于自己说法的例子易如反掌，反之亦然。法家也是这种失败的样板。

另有一问题也应说明。前一小节讲过，孟子对“没有根基”的教化有点微词。他以为这人如果十分贫穷，那么与他大讲“仁义道德”自然有些不妥。人活着首先要看温饱问题，其次才是怎样活得具有意义或者更为舒适。但是，这可不意味着孟子反对教化。他曾说过：“君子之德，风也；小人之德，草也。草尚之风，必偃。”[232]显然，这是前面第023小节所说的“风吹草动”的早期版本。孟子还说：“人之有道也，饱食暖衣，逸居而无教，则近于禽兽。”[233]而在做国王君主的那一边就要“施仁政于民，省刑罚”[234]。如此看来，孟子只是特别强调有口饭吃再去教化这个意思。

025　人性善·国家法

鼓吹人性善是为鼓吹教化做准备。一种理论自然需要另一理论的前提支持，这是不言而喻的。前一小节，我们大致分析了人性善理论存在着哪些问题，不过，这可并不表明由它引来的一切说法都一无是处。这小节，我们看看它在国家法律那方面将会有什么“积极”作用。

前面第015小节说过人性恶和官民处罚平等的问题。那里讲，有些理论认为人性恶，官人与小民莫不如此，故而主张对官人也应警惕。严刑峻法从而也瞄向了一般官人。这类看法有个最大问题，这便是既然人都是性恶的，那么有什么理由认为帝王君主、制定国家法律的人甚至说人性恶的那个人，可以逃出性恶的圈子？显然，没有理由认为他们可以除外。既然这样，制定出来的国家法律岂不成了“恶人”的法律，如此怎能用“恶人”的法律去惩罚“恶人”？

现在，我们看到有人鼓吹人性善了。孟子就是这样。如果可以谈论人性善，那么上面的问题也许就可以解决一半。因为，一来制定国家法律的权威人物是性善的，所以制定出来的国家法律是个“善人”的法律。二来讲述别人性善的那个人和帝王君主也是性善的，故而可以讲出“善人”的法律，宣传“善人”的法律。这样也就没有了恶人法律惩罚恶人的问题。我们之所以这样分析问题，是因为中国法律思想中的一些“性善”理论强调“教化”，并不完全排斥国家法的作用。这些理论偶尔也谈国家法律的作用。这样，“性善”一说无形中也就解决了人性恶一说引来的矛盾。

当然，依此思路我们自然会想到另一问题：假如人都是性善的，那么，要国家法律还有什么用（国家法律重在罚）？还有什么必要大谈乃至宣传“善人”的法律?

这涉及一些另外的复杂思考。首先要注意，就算我们接受了国家法律是种“赏罚”之类的东西，那么，不谈“罚”也得要谈“赏”。而谈到“赏”就有个怎样赏的问题。大家都是心地善良并不等于大家都知道应该如何分配“赏”。做了好事，法律要说赏，而且要说怎样赏，赏多少。不说这些则“赏”是无法实现的。这是什么意思？是说国家法律除了惩罚告诫、嘉奖勉励的作用之外还有个“指引”的作用。人性善了，用不着罚，但是人依然需要一个明确的“指引”。这是国家法律的一个作用。我们再说个例子，这里问题就更明确了。国家法律总要规定税收，心地善良的人当然愿意交税。但是善人也需知道在哪里交税，交多少税，何时该交，何时不该交。显然国家法律是要说清这些的。对善人交税的规定虽然没有了罚的意思，但是，还是需要指引的意思。这就是人性善的时候国家法律还是有作用的，起码是“明确具体的指引”。

其次要注意，上面的分析为人性恶论者提供了一个暗示：主张人性恶就不能主张由人来制定国家法律，因为，那里边包含了一个“恶性循环”——“恶人”的法律惩罚恶人，结果依然是“恶”。希望用国家法律来对付人性恶等于是没有注意这个结论。既然如此，想要再坚持人性恶的说法就要考虑另外一条思路，也即是否让所有的“恶人”通过自然的竞争、“适者生存”的博弈，来逐渐地建立一个习惯法那类的制度秩序。在这类制度秩序中，人人都是不得已而这样做或那样做，不如此就不成，因为不如此等于大家都没有好结果。为了大家可以生存下去，人们只好共同遵守一个自然形成的制度秩序。在经济交易中，我们最易见到这样的例子。比如，为做生意，生意人都会心怀算计，但是如果人人不断地你欺我诈、不守规矩，结果只能“数”败俱伤，久而久之谁都无法赚钱发财，还可能倾家荡产。于是生意场就会逐步出现诚实信用的制度秩序，还大家明白只有这样才能避免“数”败俱伤。这也意味着如果将法律的意思扩展到自然形成的制度秩序，人性恶的说法又可起死回生。

这说得有些远了。

回到这小节的正题上。可以说，单就国家法律本身而言，人性善的说法要比人性恶的说法优越一点。

026　法家的尴尬：秦王朝的灭亡

大致来说，人性善的观念容易导致教化的主张；而人性恶的结论容易导向严刑峻法。这在前面数小节的分析中可见一斑。不过人性善的观念从理论上似乎更能说明国家法律的一些方面。

现在，我们再看教化为先和严刑峻法的对立争议。这两个主张都在强调谁优谁劣。前面第020小节说过，严刑峻法的主张者，举出了用

大刑从而治理成功的例子来说明这种方法是如何奏效的。而反对者也举出了秦王朝施行暴政终于自食恶果的例子来挑明重刑的失败、教化的可行。翻开中国法律思想的许多典籍，随手可见对秦王朝很快结束的讥笑和讽刺。人们说那是法家的尴尬。

说起秦王朝真是有意思。当初战国时期七雄争霸，秦国正是采用了法家的治国学说尤其是法家商鞅和李斯的纲领，少赏重罚、严刑威吓，最后居然力克六国。大凡用一种方法取得成效，便易相信那将屡试不爽。果然，接下来法家提倡的国家法律被推为全国的通行法律，而且其所主张的思想也成了唯一的官方意识形态。其他各类学说则被斥为蛊惑人心的异端邪说，以至后来还出现了令人瞠目结舌的“焚书坑儒”。我们说秦王朝太专断残酷了，可是它以这种方法尝到甜头，怎能不去再运用一番？就算看到了其中具有潜在危机也会“知难而进”，因为毕竟成功过。

当然历史到底还是和秦王朝开了玩笑。公元前210年，秦始皇去世。不到两年陈胜吴广两农民率众举事，秦王朝迅速灭亡。人们认定这都是严刑峻法“从中作祟”的结果。哪怕当年刑罚稍微有点“温和”，不是说杀就杀，也不至于将陈胜吴广等逼成咬人的“兔子”。

刚才提到的李斯和荀子有过一段对话。这段对话表明李斯竭力主张秦国实施酷刑，而荀子则不以为然，倒是大谈教化如何重要。那时秦国尚未统一，而李斯还在求教于荀子。

李斯说：“秦四世有胜，兵强海内，威行诸侯，非以仁义为之也……”[235]荀子却讲，这种想法就幼稚了。即使秦国有了四代强盛，终有一日会被人颠覆，而且为期不远。现在，虽说别国无法对付秦国，但是仁义定会战胜暴虐。商汤放逐夏桀不是一日之功，武王剿灭商纣不是一夜之成。汤王、武王二人正是不断广施仁义教化，最终底气十足，分别于鸣条大战和甲子那天击败了桀王和纣王。“今女不求之

于本，而索之于末，此世之所以乱也。”[236] 因此，“严令繁刑，不足以为威”[237] 。这意思是叫李斯记住：秦国“威强乎汤武，广大乎舜禹，然而忧患不可胜校也”[238] 。

当时这段对话似乎没有什么结果。

李斯尽管敬重老师，然而还是固执己见，并且暗自思量：“老师仁义，但毕竟是老朽了。”到了秦国他开始将自己的一整套想法付诸实施，决不心慈手软。说来秦国也没枉费李斯的思想，终于统一了天下。可是没过多久秦王朝便寿终正寝。有一细节应作交代：荀子死于秦始皇9年，也就是公元前238年。这年离秦王朝土崩瓦解不过二十来年。讲这细节是想表明姜到底还是老的辣，李斯比起荀子还是差了一些，荀子看准了秦国施行严刑峻法的内在隐患，故而把秦国的命数说在了前边。李斯则是做梦都没想到自己的“杰作”秦王朝是这样草草收场，年仅十五载。

秦王朝这个例子，应该中肯地讲，既是法家理论得以自豪的例子，也是那理论败走麦城的脚注。旁人可将其看作：成也“法家”，败也“法家”。就连外国汉学家都有些不相信地说：“令人惊讶的是，法家的胜利颇为短命。”[239] 主张教化的法律思想最为喜欢用秦朝的例子来嘲笑严刑峻法的方略，并以此来说明国家法律的作用是有限的，而教化才是上上策。“秦以力取之，以法守之，本末不得，故亡。”[240]

但是，秦朝例子只是说明了严刑峻法的双刃性：有时既可强国，有时也可亡国。它没有说明至少没有直接表明，仁义教化可以胜过严刑峻法。

027　仁义

讲究人性善，容易主张教化而轻视国家法律的作用。顺着上一小节来说，加上秦王朝这个例子，中国法律思想的一些理论更是唯恐教化这样一个方式遭人轻视。它们提醒人们注意，“道之以德教者，德教洽而民气乐；驱之以法令者，法令极而民风哀”，所以，“以礼义治之者积礼义，以刑罚治之者积刑罚。刑罚积而民怨背，礼义积而民和亲”。[241]

而我们讲到教化，势必要讲到仁义之类的概念，因为，这是教化的一个重要内容。

不过，对于什么是“仁义”，说法可能太多了。仅对“仁”这个字，古人就有多个解释。然而，三个解释大致被人认为是意思准确的：孔子说，那是“爱人”[242]；孟子讲，“仁者爱人”[243]；而东汉人许慎则说，“仁，亲也”[244]。不论怎样，从语词理论上来讲“仁”和“仁义”，可能抽象了。我们看一下《孟子》里记载的一段对话，从感性的角度去做些体会。

孟子对齐宣王说：我来说点施仁政而称王于天下的方法。

齐宣王说：很好。如何修炼品德以征服天下？

孟子说：善待百姓，接着就可以称王了，而且无人能够阻挡。

齐宣王继续问：我能做到善待百姓？

孟子答：可以。

齐宣王说：你怎么知道这点？

孟子说：我曾听说您见有人牵牛走过，就问牵牛干什么，牵牛人说是用来杀掉祭祀的，而您立即说算了吧，还说实在不忍心看到牛战

栗不安、恐惧发抖的样子。其实，不忍杀生，就是仁慈。这样自然可以称王于天下了。[245]

通过这段对话，对古人“仁义”的意思便可以领略一二了。前面讲过，教化主要是要讲出道理，编个说法让人明白什么是错误的，什么是正确的，以此劝人向善。[246]而我们领略了仁义的大概意思后，便可知道仁义在教化中具有重要的地位。通过仁义，由己推人，从而明白错在哪里，知道最终社会需要“仁爱”两字，教化也就成功了。

另外再提一下，孟子对齐宣王讲完仁义之说后，还讲了一些让厨师或者勤于出入厨房的人听后肯定不会太舒服的话。他说：“君子之于禽兽也，见其生，不忍见其死；闻其声，不忍食其肉。是以君子远庖厨也。”[247]笔者提到这点，是想说明，既然鼓吹仁义到了连荤菜都处理不得，那么，对国家法律中刑罚的态度也就可想而知了。当然，孟子恐怕最终并未扔掉国家法律的刑罚，因为，他有时自我矛盾地说：如果想要推行“王道”，就要在根子上解决问题，宅院里种上桑树，50岁的人就有丝绸穿了，鸡鸭猪狗喂着，“七十者可以食肉矣”[248]。食肉，就是杀生。

这话等于又说了回来：国家法律还是丢不得。

说完古人再说今人。今人谈到教化，不大再用“仁义”之类的古董话语。这有时是因为那类话语被安上了“虚情做作”的不好名声，甚至被说成了“软刀子”（这当然不太合适）；而有时是因为今人另有一套可能比其更加“实在”、更加易被常人接受的说教道理，比如，告诉你：要想别人对你好，就要首先对人好，这是有来有往，所以，侵犯别人的利益，最后别人、社会也会剥夺你的利益……我们几乎很难再听到今人说：“君子非仁义无以生，失仁义，则失其所以生。”[249]但

是，今人教化的精神实质，依然和“仁义”有些相符，里面总是有个“爱”字。

028　刑，义的根本；义，暴的来源

作为教化的一个内容，“仁义”备受青睐。可是，如果我们还记得“人怕火不怕水”这一典故的话[250]，那么我们就会提出这样一个问题：天天讲仁义，有人也许就会对其不重视了，而不重视，慢慢就会铸成大错直至犯罪。假如真是这样，讲仁义等于是不讲仁义，因为，其结果是害了“怕火不怕水”的人，其也就真成了一把“软刀子”。

《商君书》里就有一番类似的言辞。它说：“以义教则民纵，民纵则乱，乱则民伤其所恶……而世所谓义者，暴之道也。”[251]这是提醒我们注意：越是大谈平民百姓喜欢的仁义教化，越会使他们走向犯罪、遭遇刑罚；反过来越是严刑峻法，越会使他们明白真正的仁义。“立民之所乐，则民伤其所恶；立民之所恶，则民安其所乐。”[252]“慈仁，过之母也。”[253]真想对人仁义，就不能用教化仁义的方法。

根据这种见解，仁义倒成了暴的来源，刑则成了义的根本。《韩非子》也是这样看问题：“今世皆曰尊主安国者，必以仁义智能，而不知卑主危国者之必以仁义智能也。”[254]因此，“母不能以爱存家，君安能以爱持国？”[255]《韩非子》还特别挖苦孔子。它说，孔子可说是天下的圣人了，但是，喜爱其仁爱、称颂其道义并愿为其鞍前马后的那些人，数来数去也不过七十多人，而这些人又是他的弟子。而鲁哀公，说不上为人高明，可坐在君王的位置上没人敢不俯首称臣的。孔子到头来，也要屈从于鲁哀公的权势。这就出现了：“民者固服于势……故仲尼反为臣而哀公顾为君。”[256]

笔者以为，对于仁义教化这样一种“讥笑”的看法，没有什么说不通。在抽象的理论层面上，就像可以将仁义教化说得令人心服口服一样，将它也可以说得一无是处，甚至从它那里，推出其本身就是不仁不义的结论。《商君书》和《韩非子》等法家的重要文本绝对不是“小儿科”一般肤浅，它们为了说明自己的整套话语，可以将理由说得清晰透彻，将对立的观点批得顾此失彼。但是，这倒不意味着仁义教化真是不如严刑峻法，也不意味着仁义教化那套话语的滴水不漏实际上漏洞百出。在前面许多地方，我们已经发觉，仁义教化的一套话语听来也是颇为道理的。而且就秦王朝很快结束的例子来说，这个例子起码一半是在支持仁义教化。

所以，问题在于，这样一些话语套路的采用可能与人们的姿态、立场有着密切联系。

029　“槐树”刑罚的故事

现在，我们看一个故事。这故事可以将我们的视线移到一个较易为人所忽视的法律思想问题：帝王君主制定的国法的好与坏。这个问题的阐明，也许可以表明仁义教化的思路至少在一点上是严刑峻法的思路不易驳难的。

春秋时期，齐国有一个君王叫齐景公。齐景公因为特别喜欢一棵槐树，便命令手下仔细看管。为了让人看得清楚明白，景公还立了一个木桩，将一块写着字的牌子挂在上面。牌子上的字是：“碰槐树者刑，伤槐树者死。”有一个酒徒不知这件事，一日喝醉了酒，撞到这棵槐树，接下来的事情便是官兵把他捉了起来。官兵问景公怎样处置，景公说：“这还要问我？照已颁布的国法处置。”

酒徒有个女儿，十分漂亮而又聪明。她听说父亲出事了，觉得冤枉，想帮一下，于是托人传话给齐国有名的卿相晏子，说：“我是城外一个小女子，无限向往服侍相国，愿在相府后宅充数做个小妾。”可是晏子更是一个聪明人。他琢磨：“我又不是好色之徒，人也老了，为什么她愿意给我做妾？里面一定有问题。”晏子叫手下人将小女子领来，问她到底是什么事。

小女子说：“这景公因为喜欢一棵槐树，便立法令规定碰树者刑、伤树者死。我爹嗜酒，为人时常糊涂，不小心碰上那棵槐树。现在，官兵非要治罪不可。我听说英明君王管理国家制定法令，不轻易增加刑罚，不去为了私怨损害公法，不去为了禽兽伤害百姓，不去为了禾苗伤害禽兽，不去为了野草伤害禾苗。可是，景公却要为了一棵槐树惩罚家父，要我成为孤儿。我父亲一人受罚是小事，这样损害了君王的名声、道义是大事。人们知道了这事，都会认为景公喜爱树木却轻视人。您说，这成吗？”

晏子一听，心想：这小女子文化不高，可居然能说会道，而且说得在理。于是第二天上早朝的时候，晏子便禀告齐景公，说：“大王，听说您已颁布法令，规定碰槐树者刑、伤槐树者死，而且有一人已经碰了树，现被关押听候处置。我想这恐怕是不义之刑了。为君者不可崇尚自己喜好的玩物，为了一棵槐树就乱立法令，而失义于天下百姓。您享有国家，应该爱民如子，今日不改这法令，不放掉碰树者，实在说不过去。”[257]

有书记载，这晏子叫晏婴，才华横溢、治国有方，因而深得齐景公的尊重。现在，晏子说话了，景公果然觉得自己真是大错特错，接着“公令……废伤槐之法，出犯槐之囚”[258]。

显然，这故事表明了这样一个问题：如果国家法律真像《商君书》和《韩非子》所描述的那样，由帝王君主一统而定，那么，帝王

君主自己想法的好坏便决定了法律的好坏，而既然帝王君主的想法这般关键，那么，仁义教化就太重要了。正像晏子的劝说那样，教化决定了齐景公的一项法令的去与留。大体来讲，《商君书》和《韩非子》等法家文本，不大在乎法律本身的好坏，总以为君王大笔一挥，接下去的事情就是以法惩恶。可是，齐景公的那条“槐树”法令，怎能起到惩恶的目的？它本身“是否恶”这个问题，都是尚待解决的。而且发现了它是“恶”的，也无法用君王的国家法律来制止，而只能靠君王自觉反省了。如此看来，仁义教化的思路在这点上实在重要。

说来，《管子》对此倒是早就略有觉察。它说：“有法不正……则治辟。治辟则国乱。”[259]

我们再看一段与此有关的趣味传说。它也是讲晏子逸事的。

晏子曾经去过鲁国。一次吃早餐，送来的食物里面有蒸熟的小猪。晏子吃完，觉得送饭时小猪的两腿露在外面似有不妥，便对伺候的人说，再送小猪时不要露出两腿。到吃下一顿饭时，送来的小猪两腿不仅没露出，而且还没了。晏子紧皱眉头。伺候的人说：“对不起，猪腿丢了。不过我一定可以查个水落石出。”晏子却说：“算了。不要追问这事了。”伺候的人有些不明白。晏子接着讲：“只算计结果不计算过程，这人就会筋疲力尽。把多余的东西收藏起来不分给别人，别人就会盗窃。您应该教我如何改正收藏多余东西的过失，而不要教我去寻找那个窃猪人。”[260]

这传说的意思，恐怕在于提醒人们注意，不仅对君王有个仁义教化的问题，而且对自己有个自我反省教化的问题。教化的思路到了这一层，可就到了上乘的境界。这恐怕不是严刑峻法的思路可以同日而语的。

030　饮酒之礼·礼治“防患于未然”

在中国法律思想中，仁义教化和一种东西的关系千丝万缕。这东西便是“礼”。《礼记》说：“礼之序，以治人情……故礼也者，义之实也……仁者，义之本也。”[261]所以，我们总是可以发现，讲究仁义教化正是从侧面来鼓吹礼治。某些古人，坚持“道德仁义，非礼不成；教训正俗，非礼不备；分争辩讼，非礼不决”[262]。他们认为“法治”并不重要。“凡治人之道，莫急于礼”[263]。当然，这里的“法治”，是指帝王君主将国家法律当作首要治理手段，而不是讲，上至君王下至草民，都要服从国家法律的治理。在前一种法治中，统治者在法律的约束之外。在后一种法治里面，统治者则在法律的约束之内。

说到礼治，我们看一个《礼记》所举的例子，它说明，“礼”是如何在日常生活中发挥作用的。《礼记》讲，人们酿酒喝酒，肯定不是为了引起麻烦祸害这个目的，可是有一段时间，因酒而起的官司倒是越来越多，这就是豪饮滥饮、恣肆无度而生出的祸害。先人把这些看在眼里，记在心上，从而制定了饮酒之礼。这礼要求敬酒，敬酒则要求敬酒人敬而有礼貌，比如站起来、拜三拜、双手举杯、饮完示意杯空、受敬三杯后回敬三杯……恰是这些饮酒之礼，使人天天饮酒而无滥醉，防止了酗酒闹事。本来，饮酒是为了融洽感情、相欢而乐，但是没有饮酒规矩，这些也就无从谈起了。[264]

饮酒之礼是否真是防止了酗酒烂醉，这是一件让人不敢妄下结论的事情。毕竟，直到今天，我们还能看到一些失礼饮酒，经常要用“嗜酒之徒”的字眼，描绘其中之人。不过，如果没有先人传下的酒礼，也许喝酒引出的荒唐之事更为严重。这个结论还是可以说出的。

“礼”是日常行为规矩。《礼记》还说：见到二人坐在一起或站在一起，就不要插身其间；男女不要混杂而坐，不得共用竹竿或衣架晾

晒衣服，不共用脸巾和梳子，不亲手递东西给对方；叔嫂不要相互问候；男女之间没有媒人牵线，就不得打听对方名字……请客人吃饭要将带骨的肉放在左边，没骨的肉放在右边，客人吃三口饭后，主人要引导客人吃没骨的肉，主人还没尝遍所有菜肴，客人不得喝酒……守丧期间，身上发痒了才能洗澡……[265]

通过这些细节之“礼”，我们可以想象，要是人人都能做得如此这般，那么，恐怕不会有人还去偷鸡摸狗、杀人越货、见色起意了。这些细节之“礼”，使人的行为有条不紊、轻重得当，使人瞻前顾后，而且反过来又潜移默化地提升了人的心灵教化。

正是出于这样的设想，中国法律思想的某些理论特别强调了礼治的重要。孔子说：“安上治民，莫善于礼。”[266]荀子说：“人无礼则不生，事无礼则不成，国家无礼则不宁。”[267]《礼记》也是这样认为：“礼之所兴，众之所治也；礼之所废，众之所乱也。”[268]

当然，在今人看来，上面那些“礼”之中的一些规矩，似乎有些过分了，怎能男女不得混杂而坐？不得亲手递东西给对方？叔嫂不能相互问候？今人还会进一步追问：遵守这些规矩，就真能防止“男女乱套”？而且，单就现在男女不共用脸巾和梳子这件事来说，今人会想，如果不是出于卫生干净的考虑，恐怕就更没有必要死守陈规旧律了，因为，不遵守这些规矩并不会有什么与色淫有关的不妙结果。

但是，应该注意，对礼治的强调也缘于这样一个思路：从小事做起，“防患于未然”，宁可信其可能发生，不可信其不会发生。小事也许不重要，可是哪些乱子不是在小事中孕育出现的？

031　学校的好风气·礼治的效率

就“防患于未然”这一点来说，可以将它对比国家法律来再伸展做一番议论。不过，梁启超有一段话，把这里想继续说的重要意思，已经分析得十分简朴而又到位。笔者不惜冒“抄袭”恶名的风险，将其照搬如下：

拿办学校做比方，法家以为最要紧的是严定章程，信赏必罚，令学生整齐严肃，学校自然进步。儒家不然，以为最紧要是养成好学风，得有“自善”的学生，学校乃能进步。法家的办法，例如每学期只准告假若干次若干点钟，过了便扣分数，以为这样便可以防懒惰的学生。例如图书馆规则严密规定弄污了如何惩罚撕破了如何惩罚，以为这样便可以防乱暴的学生。儒家以为专靠这些，效力有限得很，而且会生恶结果。你立许多告假章程防备懒惰，那懒惰的学生，尽可以在不违犯告假章程内，依然实行懒惰。你立许多借书章程防止乱暴，那乱暴的学生，当着旁人不见的时候撕破书，你便无法追究，你要惩罚他时，他可以有法抵赖。所以立法无论如何严密，到底不能得预期的效力。不惟如此，你把学生当作贼一般看待，学生越发不自爱，逼着他想出种种方法遁逃于法之外，养成取巧或作伪的恶德，便根本不可救药了。所谓“免而无耻”，即指这种现象。儒家的办法，以为只要想方法引起做学问的兴味，学生自然不会懒惰，只要想方法养成公德观念，学生自然不会乱暴。在这种学风底下发育的学校，倘若学生中有一两位懒惰乱暴的，全校学生都不耻他，这种制裁力，比什么章程罚则都强。礼治的真精神，全在这一点。[269]

可以看出，这里面礼治的又一理由。

另外值得注意的是，那些礼仪之类的东西，可以通过家庭、家族、邻里、乡间、社区等等自然形成的社会空间，自然而然地传递、影响和约束。一个人生下来之后，可以经由家庭、家族、邻里等环境，自然地接受父老乡亲的“行为举止”的熏陶，慢慢习惯被周围认可

的举止规矩。假如有人自行其是，旁人自然就会形成“冷眼相待”的压力，迫使其不得不“改邪归正”。“礼……专靠社会制裁力发生作用，你愿意遵守礼与否，尽随你自由。不过你不遵守时，社会觉得你是怪物，你在社会上便站不住。”[270]这样一个效果，可不是国家法律所能轻易达到的。国家法律，正像前面提到的管子所说的，要有人制定颁布，要有人传递下去，还要有人监督执行，[271]如果有人犯法了，还要由官府去缉捕惩办。这样可是比较“累”的。如果算一笔经济成本上的出入账目，那么，国家法律的运行成本恐怕要高于“礼”。这可能也是有人主张以“礼”自然调节社会的另一个理由。

前面第023小节，提到过《韩非子》对教化的一个批评：没有效率。这意思是，教化是个浪费人力物力而且让人看着着急的事情。像舜那样的圣人，为了教化一个地方的乱民，就得花去一年的时间。三年过去了，也不过是刚刚教化了三群人。单就教化本身来说，《韩非子》兴许是切中了一点要害之处，我们甚至可以追随《韩非子》认为国家法律的效率就是高于教化（其实这也可能是说不清的，见前第023小节）。但是，结合前一小段来说，如果教化不是单纯的教化，而是和社会中已有的一些习惯规矩比如“礼”相互配合、相得益彰，那么教化可就不是没有效率了。换句话说，在社会上已经存在了一个不少人大体接受的“礼”，在“礼”可以潜移默化地发挥作用的同时，教化不失时机地跟上发挥作用，那么，效果也许就不是国家法律所能相比的。像舜之类的圣者，假如看中了一个地方的习惯规矩，从而因地施“教”，利用社会已有的群体多数力量来启动“感召”，别说三年，就是三个月可能都是不用的。所以，有学者说，“所谓礼……来自人们的社会生活习俗和管理，为大家所共同遵守”[272]，“礼的特点在于教化人心，唤起人们的自觉或者叫良心的发现，而恪守不移”[273]。

实际上，在中国法律思想的某些理论中，仁义教化的主张通常是以“礼治”的主张作为“辅助佐料”的，并不是一味地单强调仁爱说教。

这些理论知道，单纯的教化有可能是费时费力、事倍功半的，甚至知道到了“礼崩乐坏”的地步，教化也就寸步难行了。

032　礼治·“熟人”和“陌生人”

当然，看重礼治的最为重要的理由可能是这点：就国家法律来说，“从此各个人间的彼此界限要划得很清，开口就是权利义务、法律关系，谁同谁都是要算账，甚至于父子夫妇之间也都如此；这样生活实在不合理，实在太苦……”而古代之礼在“家庭里，社会上，处处都能得到一种情趣，不是冷漠、敌对、算账的样子，于人生的活气有不少的培养，不能不算一种优长与胜利”。[274]这就是前面所说过的，礼浸透着仁义，而仁义浸透了一个“爱”字。特别喜欢礼治，在相当程度上，是因为那礼治似乎更可以融洽人际关系，使生活自然而又温馨。

现在，我们引入一对概念来看这里的礼治。这对概念是“熟人世界”和“陌生人世界”。

先说“熟人世界”。在这个世界中，人人都是朝夕相处，仿佛家家户户之间的关系，如同一家之内长辈晚辈、夫妻、姐妹之间相知了解，即使不是这样亲融与共，也是低头不见抬头见。这是一个“没有陌生人的社会”。[275]这样“常态的生活终老是乡。假如在一个村子里的人都是这样的话，在人和人的关系上也就发生了一种特色，每个孩子都是在人家眼中看着长大的，在孩子眼里周围的人也是从小就看惯的。这是一个‘熟悉’的社会”[276]。而且，十分重要的是，人与人之间由于日常生活的自然作用，大体上已是相互比较信任了。即使出现欠债，也都知道对方不会赖账。甚至发生了一些纠纷，也完全可以在柔性的调解之下加以解决。在这样一个世界中，为什么还要麻烦地制定一个国家法律？为什么要用生硬的国家法律来冲淡已经日久天长的亲

融关系？为什么不可以用“仁爱”教化之“礼”，来进一步巩固这样的关系？

反过来，在“陌生人世界”里，人与人之间生疏不知，由于空间关系的隔阂和分离，不太容易产生相互信任、相互理解的机会。这就如同一个人来到外邦，对那里一无所知，和那里的人总是彼此用疑惑的眼睛相互对视，而不太可能全无戒心。在这样的世界里，人们容易相互猜忌、相互算计，生怕“错过时机”。就算有人再以诚挚的表情向天发誓，如何说一不二，他人也是将信将疑。于是，用“仁爱”之礼来教化，反倒显得不切实际了，甚至有点给人虚情假意的感觉。在这里，主张国家法律的直硬管理，似乎没有什么不妥当。

说到这里，可以联想，中国社会的相当一部分地区好像更贴近“熟人世界”的概念。因为，那些地区大体上是“邻里乡间”式的地域空间。既然如此，“礼治”要比“法治”更为实际，更为容易使原有的人际关系熠熠生辉。我想，这可能是从古到今，为什么相当一些颇为重要的中国法律思想更为推崇“礼治”的根本缘由所在。学者费孝通讲：

……陌生人组成的社会，各人不知道各人的底细，所以得讲个明白，还要怕口说无凭，画个押，签个字。这样才发生法律。乡土社会里从熟悉得到信任。这个信任并非没有根据的，其实最可靠也没有了，因为这是规矩。[277]

当然，对这里的“熟人世界”和“陌生人世界”的概念，可以更为深入地考虑一下。“熟人”和“陌生人”有时是一对相对的概念，也许特别重要的是，在其他因素的影响之下，它们可能会发生相互转换和变化。比如，当手里的钱财有减无增的时候，熟人的关系就会变为陌生人的关系。一个人因为熟悉的“面子”，可以向另一个人不断地借东西。但是，假如前一个人总是不还，他们之间的“熟人信任关系”就会松弛，逐渐“形同路人”。这里的问题要害，正在于后一个人再如何相

信“熟人”，也还会担忧钱财的不断丧失。这钱如果越来越少了，谁还会“以钱取爱”？18世纪的法国人孟德斯鸠曾经尖刻地说过，中国人的熟人社会，虽说以礼为指南，可是其中还是没有信任的“安全感”，起码向那个社会里的人买东西，自己要带秤。[278]孟德斯鸠可能言重了，中国人肯定不是个个如此毫无信誉，可是，他讲得也并非是一点道理都没有。

笔者说到这一层，目的是想表明依照这样一个思路，也即“熟人”可以变为“陌生人”的思路，仁爱教化的礼治作用有时可能会大打折扣，由此而来的倒是想想“法治”这样一个办法。有了“法治”，有时也许就不会担心熟人总是“借钱不还”，担心熟人变成了陌生人。这是一个有趣的解构思路，一个揭示理论如何只能说明某些现实的思路。继续引申可能复杂了，笔者就此停住。

033　何谓善于奖赏?

前几小节，围绕着“教化为先”这一主题着墨不少，最后落在了“礼治”这样一个重要问题上。其实，在中国法律思想中，“礼治”只是一个具有象征意义的治理方式，它表征着其他各类习惯规矩对比国家法律而具有的不同意义。我们仅仅拿它来具体说明一个思路而已。在结束“教化为先”这个主题之前，再看一个与“礼”略有关系的历史故事。它有点意思。

春秋时期，赵襄子曾被敌人困于晋阳城中。解围之后，大概有五个人受到了奖赏。其中第一个受奖的人叫高赫。高赫在城被围之时，既没有奋力杀敌，也没有出谋划策以克敌制胜，只是天天依然和赵襄子以君臣相称。颁奖之后，有个叫张孟谈的心里不明白，便问赵襄子：“晋阳危机之际，高赫没有什么功劳，其他勇猛杀敌者无数，为什么他第一个受赏？”赵襄子则说：“晋阳被围，国家已经危在旦夕。在

这种情况下，我身边的群臣个个趾高气扬、傲慢无边，唯独高赫不失君臣之礼。因此先赏他。”孔子知道这事后，称赞说：“这叫善于奖赏。赵襄子果然是个好样的，奖赏一人而使天下做臣子的没人敢失礼了！”

也是那个时代，有人针对孔子而做评论：“孔子还算圣人？居然不知怎样才叫善于奖赏！”描述这故事的《韩非子》接着说，本来赵襄子被围于晋阳城时，上下可说是同仇敌忾，这表明君臣君民之间的关系还是不错的。在这种情况下，居然有人敢趾高气扬、飞扬跋扈，说明赵襄子赏罚不当。做臣子的，只有出谋划策有功的时候才能奖赏，而高赫仅仅是老实了一点，就有这番甜头，实在是无法理论。赵襄子应该首先将那些目中无人的近臣逐一查办，然后再亲赏杀敌立功者，至于高赫，不用理睬。因此孔子根本不知怎样才叫作善于赏罚。[279]

我们接着前面讲的“礼治”来谈这个故事。孔子的意思，是说为君者关键在于提升臣民的“礼”之意识，有了“礼”，一切皆有章法而且遇事不乱，所以要先赏高赫。《韩非子》的意思与此完全是对立的。它想，“礼”没有用，临危之际还需有人奋勇杀敌才是，奋勇杀敌者的出现，靠的是奖赏这个动力。具体到有些近臣趾高气扬、傲慢无边这回事，孔子的隐含意思是说，有“礼”就不会出现这等事了，而《韩非子》的意思是说，有“罚”才能震慑乱臣。说到这里，我们就遇到了一个实际问题：赵襄子究竟是依照孔子的思路继续做下去有意义，还是依照《韩非子》的思路有意义？我们在知道了“礼治”和“法治”的各自道理之后，能不能顺利地解决这个实践问题？如果不能，又该怎样？

我想，这是任何社会理论（当然包括法律思想），必须面对而又不大好解决的问题。

小结

仁爱教化的主张容易将人引向礼治的想法。礼治的想法，反过来又让人发觉自然的温馨和谐是难能可贵的，使人希冀施行仁爱的教化，正像梁启超总结的，“礼治绝不含有强迫的意味，专用教育手段慢慢地来收效果”[280]。落到我们中国的社会里，人们也许会发觉，礼治一类的方式要比“法治”——当然不是西方人的法治——来得方便而又有效率，更能使社会原有的人际关系自然舒展，因为，中国的许多地方好像更类似“熟人”的世界。

这是中国法律思想的某些理论的一个条理。

这样，对于防止对抗社会的犯罪行为，国家法律便不像法家想象的那样可以防微杜渐，相反，它似乎只能“亡羊补牢”。真正可以防微杜渐的，恰是仁义教化，或者说是礼治。所以，“礼者禁于将然之前，而法者禁于已然之后”[281]。或像汉代司马迁所讲：“夫礼禁未然之前，法施已然之后。”[282]换句话说，在中国的一些法律思想中，国家“法律的作用不在于‘预防’对自然和谐的破坏，而在于发生这种破坏后对自然和谐的‘修复’。……‘礼’（道德和礼仪方面的原则）具有预防性效能，其作用在于使人们远离犯罪；‘法’则具有‘修复’效能，它只是在犯罪发生之后才起作用”[283]。

第三章　刚柔相济

在前面第033小节，我们提出了一个“赵襄子式”难题，这就是：在实际的治理过程中，究竟依照孔子的思路有意义，还是依照《韩非子》的思路有意义？显然，这难题不好解决。也许因为这类难题数不胜数，或者因为理论上的条条道道总是纠缠不清，中国法律思想的一些理论不得已而采取了折中态度。它们反过来提出这些问题：为什么不能将严刑峻法和仁义教化结合起来？为什么非要看着“法治”和“礼治”分道扬镳？站在赵襄子的立场上，为什么不能在给高赫赏赐“胡萝卜”之时，给那些飞扬跋扈的乱臣以“大棒”？

这些反问，就把我们带到了一个人们习以为常的所谓“辩证”思路：刚柔相济。

034　性相近·习相远

我们可以这样想问题：人初生时候，没有什么意识和思想，只是展现用于基本生存的吃喝拉撒能力，随着年龄的增长，慢慢就有了理解能力和认知能力，慢慢就有了好坏善恶的感觉，接下来就依赖环境把自己塑造成了三种人中的一种：好的、坏的，或者不好不坏中性的。“性相近也，习相远也。”[284]这样想问题，意味着人性本身到底是善是恶还是无所谓善恶，都是次要的事情，重要的在于后天的变化。

前边，我们提过孟子。孟子虽然喜欢将人说得善点，可是有时也以为环境的变化十分重要。他说：“富岁，子弟多懒；凶岁，子弟多

暴。非天之降而殊也，其所以陷溺其心者然也。”[285] 孟子还提出一个比喻，说牛山（今山东省淄博市临淄区）的树木原来十分茂盛，如果经常抡斧砍伐的话，就没有茂盛的景观了。不砍伐而是在山上放牛羊，结果也是一样的。这仁义之心就像牛山的树木，假如时常砍伐或者放牧，就不会生长繁茂，“故苟得其养，无物不长；苟失其养，无物不消”[286] 。

东汉王符也是直白地讲，人的天性特别类似，正是因为环境的千差万别，人的品质才大为不同了。[287]

现在，我们看一下荀子的说法。荀子对孟子的性善说特别不以为然。他想，性善说的最大问题是说不清楚为什么人的社会还要有个礼仪，为什么还要有个圣王。既然人人都是好心善心，实在无从谈起仁义教化和圣王的作用：“今诚以人之性，固正理平治邪，则有恶用圣王、恶用礼义矣哉？”[288] 对于这个批评，我想，既然孟子也说了有时生存环境不是那么理想、变化多端，而且这本身就容易使人向好或者向坏，说过性善“求则得之，舍则失之”，那么，也就不奇怪孟子为什么还要主张仁义教化和圣王治世了。在这，笔者倒是特别关心荀子的这个见解：“圣人之所以同于众其不异于众者，性也；所以异而过重者，伪也。”[289] 这也是讲：“习相远。”

荀子有点法家的“嗜好”。他说，人肯定是性恶的，而且，“凡人之欲为善者，为性恶也”[290] 。不信看看，人从来都是衣食穷困才向往财富，面相丑陋才向往美貌，住房狭小才向往宽敞，有饭吃但不饱时还要米粮。[291] 反过来，都满足了，凡人也就做善了。不过荀子的感觉十分灵敏，他知道仅仅承认人性恶一个道理，就会像法家那样捉襟见肘，说不清楚许多问题。[292] 所以，他尤为看重“习相远”的问题，看重人的后天作为。无论如何，人可以成为尧舜，可以成为盗贼，可以成为工匠，也可以成为商人或者农民，这全在于日积月累的习俗和锻

造。像总是耕地的人，日子久了自然就成为农民；总是倒买倒卖的人，日子久了自然就成为商贩；总是小偷小摸的人，日子多了自然就成为盗贼；而总是依礼做善的人，日子不断过下去就自然成为尧舜。荀子相信这点。

有趣的是，《淮南子》还为荀子找了四个实证。

第一个是说，春秋战国时代有个叫颜涿聚的人，开始是个山中大盗，后来日夜在心灵道德上“修炼”，最终成了齐国的栋梁之臣。第二个是说，其时魏国的一个人叫段干木，开始的时候是一个贪财的小贩，后来苦心读书做善，居然最后成了魏文侯的尊师。第三个是说，楚国有个武将，人称景阳，有那么一段时间特别好色，老是披头散发地混迹于女色之中，但是，后来自我克制而且磨炼意志，终于痛改前非，成了顶天立地的威武汉子。最后一个是说，有个叫孟卯的魏国人，娶了自己的嫂嫂不说，还生下了五个孩子，但日后追悔莫及，日日思过，日子久了，道德意识大为提升之外还做了魏相，消除了魏国的内忧外患。[293]

当然，荀子的说法里面有个“困难”是会让别人缠住追问的：如果人都是性恶的，那么怎能让人自己有个“善”的想法，从而自我锻造成为尧舜？换个问法：社会上的“善”的习俗（如礼仪）或其他“善”的东西，是从哪里出现的？荀子说过：“人之生固小人，无师……则唯利之见耳。”[294]这仿佛是讲，“善”的想法和“善”的礼仪来自老师、圣人的教化和制订。但是人们可以追问：老师、圣人也是“性恶”的，如此怎能去教化和制订礼仪？荀子认为，老师、圣人能够做这些，就如同陶匠能够制造陶器一样，没什么可进一步追问的。陶匠可以制造陶器显然不是因为他有“陶器性”，所以老师、圣人做“善”，不是因为他们有个“善性”。所有这些，都是积习而来。“……禹之所以为禹者，以其为

仁义法正也。”[295] 这意味着，做得多了久了自然就会做了，所以“积思虑，习伪故，以生礼义，而起法度”[296] 。

我想，荀子没有回答好这里的问题。因为，他没有回答为什么老师、圣人在积习之前，会做出第一个“善”事来。人们总还是想知道：为什么陶匠在成为陶匠之前，会想到制造陶器？荀子兴许以为，问这种问题等于是在问“鸡先蛋先”。但是，你既然可以说人性都是恶的，从人性恶中可以“积习”出“善”事来，那别人也就可以说：人性是恶的，从人性恶中只能积习出“恶”事来。实在看不出，前一个说法要比第二个说法更有道理。

言归正传。现在可以清楚地发现，如果认定了人是“习相远”的，那么就可以进一步问问：为什么非要单用严刑峻法？为什么非要单用仁义教化？既然是习相远，人就可以成为不同的人，对待不同的人当然要用不同的方法。而且就一个人来说，他在不同的时候也有不同的习性，如此，对待同一个人也要用不同的方法。这样，在严刑峻法或者仁义教化上，“此一时彼一时”，便是顺理成章的事情。

035　“打一巴掌揉三揉”

为了说明这里的问题，先讲一个历史故事。

唐朝有个官人叫唐临。唐临官职不高，是辅佐县令的。他在万泉县。虽说唐朝是个兴盛朝代，可许多县的牢狱里仍然关着不少犯人。万泉县也没例外。

一个春天，风调雨顺，万泉县的田地滋润肥沃。可是风调雨顺又是更需要劳力来耕地插秧的，而牢狱里不知何故尽是关了一些年轻体壮能耕善插的人。这些犯人的家人，当然需要他们回家帮着耕作。唐临琢磨：如果让犯人回家干活，岂不是两全其美？一来可以帮助农

耕，二来可以显示皇恩浩荡。于是，他请县令放这些犯人回家种地，种地时间可用来折抵刑期。但是县令则说："不行，犯人一被放回肯定逃离。"唐临笑着回复："放心，我负责任。"县令见唐临这样执着，只好推说自己身体不大舒服，回家逃避。唐临见县令走了，便将牢狱里的犯人一一招来，拍着每个人的肩膀说："希望你们重新做人。好好干活！干得好的不仅可以用干活的日子折抵刑期，而且可以减刑。"说完唐临打开了大门。

随着农耕季节过去，县令身体也没事了。县令回到牢狱一看，犯人还真是个个准时回来了。他问唐临："为何您对犯人如此宽大？"唐临说："当初判刑已是够重的了，犯人肯定会追悔莫及。如果待时机成熟之时给予宽慰，先前刑罚的效果才会最佳。犯人不仅会觉得自己该罚，而且不会忘了朝廷的恩典。"[297]

现在，把唐临和"习相远"的说法联系起来看问题。唐临说，犯人惩罚一下就会追悔莫及，这等于是在认为：人是可以变的，开始犯罪可能没有良知，但是惩罚了就会出现良知萌发的情况。一前一后就是一种变化。所以，在唐临的眼里，人的心灵是可以变化的，既可以向恶，也可以向善。有了这样一种看法，他自然对犯人依时返回牢狱有了信心，同时也会赞同在实施刑罚上"打一巴掌揉三揉"。

其实，在中国古代法律思想中，早就有了这一类的看法。《尚书》曾提到周公的一个说法："轻重诸罚有权。刑罚世轻世重，惟齐非齐……"[298] 到了荀子时代，有了"习相远"之类的观念，"治世刑重，乱世刑轻"[299] 之见也就有了流行趋势。在这里，"世轻"或"刑轻"就是仁义教化的另外一种讲法。换句话说，讲"世轻"或"刑轻"，有时就是讲仁义教化；讲仁义教化，有时就是讲"世轻"或"刑轻"。而到了汉代以后，"打一巴掌揉三揉"终于大体成为一个主流话语。说来，唐临不

过是将先人的意思在实践中尝试了一下。至于成功了，那是因为运气好，不想那些犯人果然听话。

当然，有一点也应补充说明。“打一巴掌揉三揉”，其重心一般落在仁义教化上，这就是先罚而后教。像汉代刘向所希望的，“教化所恃以为治也；刑法所以助治也”，而“废所恃而独立其所助，非所以致太平也”。[300]但是，真正主张在严刑峻法和仁义教化之间折中的想法，还包括了“该出手时就出手”的意思，那就是该重罚时不能心慈手软。也许，人们在知道了“习相远”以后，依然记得《吕氏春秋》里的一个无情的杀人故事：

有一大儒名叫秦牛缺。在去邯郸的路上，他遇到了一伙强盗。这秦牛缺很“客气”，强盗要什么他就给什么，车马交出去不算，还将衣被交了出去。这可说是仁至义尽了。但是，当秦牛缺慢慢离去的时候，几个强盗却在背后合计：这一定是天下的显贵，受到如此侮辱，必会向官府告发，既然这样，倒不如一不做二不休，干掉他，灭了他的踪迹！他们随即追上杀了秦牛缺。[301]

《淮南子》有话说：“仁者，百姓之所慕也；义者，众庶之所高也……然世或用之而身死国亡者，不同于世也。”[302]“秦牛缺……能以知知矣，而未能以知不知矣。”[303]

036　常备不懈

从“习相远”，中国法律思想的一些理论悟出了这些想法：刑罚“世轻世重”，或者“该出手时就出手”。唐临的事迹也是一个例子。但是，另有人并不这样看问题。他们好像认为，这人总是吃硬不吃软，即使唐临的例子也不能成为“松懈”的一个理由。凡事最好“常备不懈”。我想，至少前面提到的“法家”会是这样反对的。

不过，这里我们提个另外的人物——墨子。墨子也是不大喜欢“世轻世重”“该出手时就出手”一类的做法。只是他的想法与法家又有不同。

《墨子》记载，春秋战国时期，墨子像许多巧舌如簧的说客一样，特别喜欢四处鼓吹自己的“兼爱”见解。有个叫公孟子的人对墨子说：“您现在每天这样四处奔波，不累？您也应该知道，美玉隐藏不出，仍然有异常的光彩。”墨子回应：“美玉隐而不露，当然是有光彩，但是摆出面世，更会光彩照人。现在，不要说什么美玉不美玉，看个占卜算卦的俗事例子。如果一个占卜者出门算命，另一个待在家里，哪个会挣更多的钱？”公孟子说：“当然是出门者。”墨子说：“这就对了。经常出门，不断地说教，绝对是有时出门有时不出所不能相比的。”

这段对话之后，两人转入了正题。公孟子说：“国家混乱的时候，最好用上严厉的手段，国家安宁的时候，最好用上礼教仁义。这叫一张一弛。”墨子说：“你这是又错了。安宁的时候废弃严厉的手段，安宁也就慢慢随之‘废弃’。混乱的时候再去严厉一番，就如同吃饭噎住了才去扒口，人死了才去求医，岂不是太晚了？治国要领在于勤勉不止、常备不懈。这是明摆着的道理。”[304]

墨子生在先秦时代，当然不知唐代唐临的事例。但是，假如墨子知道，极为可能这样议论：不要先罚后教，而要双管齐下——在严罚的同时施加仁义感化，两者都是松懈不得的。换句话说，人都是有时善良有时恶劣，而且在同一时间有些人挺好，有些人挺坏，挺坏的人有时坏到像杀秦牛缺的歹徒那样十恶不赦，所以，不应“世轻世重”，而要“双手都用”。就像占卜算卦一样，不断出门，才会不断有钱财进账。

我想，墨子的要点在于讲究“因人而异”。“因人而异”意味着在大面上要严刑、教化“两手都硬”。如果要问，墨子的方法有效还是唐临的方法有效，那么，我们可能又遇到了前面第033小节提到的“赵襄子式”难题。那还是说不清。实践中有了唐临一例，也会有支持墨子说法的一例。

037　董仲舒暗授《春秋》

人可以“习相远”，这表明人既可以做好人，也可以做坏人，出现了好心坏心都属自然而然的事情。接下来的结论就是“胡萝卜”和“大棒”要交替使用，或像墨子那样来个“两手都硬”。但是，在中国法律思想中，最为有意思的是在国家法律的圈子内实现这样一种交替使用或者“两手都硬”。换句话说，人们又在琢磨这样一个问题：如何在法律的名义之下实现“刚柔相济”？这仿佛是在问：如此实现了，岂不更好？毕竟，国家法律是一种白纸黑字的规则，制定出来后在一定时期内就不能变动了，也就是不能朝令夕改。想要强调“法治”的意义，这还是特别重要的。反过来，有时单纯用仁义礼治，有时单纯用严刑法律，等于是有时将国家法律放在一边置之不理，这似乎是有损国家法律的名声的，尤其当其代表了一种至高无上的权威的时候，这种损害更是不能忍受的。

所以，我们就看到了《礼记》讲，皇亲国戚犯了罪，也要依法处断，谁也不应妨碍审判官的法律判决，这既有君王威严的问题，也有“团结百姓”的问题。但是，在处罚中完全应该考虑“礼义”。比如斩首就应找个隐蔽的地方，不要在光天化日之下，免得一般平民过多评论皇室的过错。另外，不要对皇亲国戚使用“宫刑”，叫其断子绝孙，无论怎样皇室都要香火延续，那也是国家大计。[305]依照《礼记》的意思，这样判决一来不会损害国家法律的声威，二来又可以将“礼

义”融入其中，实现了一种“刚柔相济”。当然，这里的“刚柔相济”是针对达官贵人的，而不是也不可能是赐给平民百姓的。

提起法律之中的“刚柔相济”，我们要说到一个叫董仲舒的人。这人把这里的意思发挥得最为淋漓尽致。董仲舒是汉武帝时代的大学问家，满腹经纶，对儒家的思想最是精通。他特别强调，在法律的审判中不仅要看国家法律，而且要引“经”据“典”。这“经”和“典”，当然是儒家的这书或者那书，其中尤以《春秋》突出耀眼。

这里，我们通过一个汉代的小案子，来看看董仲舒是如何引“经”据“典”的。

有一个人和另一个人发生了口角，随即大打出手。后一个人身上带了佩剑，于是抽出剑来直刺前一个人。前一个人有个儿子。这儿子见情况危急，便冲上去用棍子打后一个人。谁知儿子颇为蠢笨，棍子没有打到后一个人，反而打到自己父亲。而做父亲的因此鲜血直流。当时汉律明文规定，打父亲的一律斩首，不论什么情况都要严厉处置。可是董仲舒却说，父与子的关系属于至亲的关系，见父亲被打，做儿子的出手相助，完全是情理之中的事情。在这类情况下，儿子为救父亲而伤了父亲，自然也就不存在故意或过失的问题。董仲舒提到《春秋》里的一个例子——“许止进药”，来说明为什么儿子不应斩首。许止是个小民，为给父亲治病错用了药物，致使父亲毙命。但是因为许止没有杀父之心反而具有孝心，所以也就没有处罚一事。董仲舒认为，在斗殴案子里，做儿子的像许止一样显然也没有伤害父亲的“心思”，不仅如此，而且误伤也是孝心的一个表现，因此，不能认为他属于汉律所规定的“殴父”之罪。[306]

董仲舒十分勤快，并且深受朝廷器重。他是“老病致仕，朝廷每有政议……问其得失。于是作《春秋决狱》二百三十二事”[307]。此处《春秋决狱》是董仲舒的一本书，早就失传了，有些遗憾。后人猜

测，“二百三十二事”大概指的就是二百三十二个小案子了。“决狱”就是审判断案，“春秋”自然就是那些儒家经典。到了今天，提起“春秋决狱”，大家便知道这是指董仲舒当年引“儒”判案。对此，后人有夸耀之辞：他“不但在理论上表现其对于德刑不偏废的态度，而且事实上他以《春秋》决狱，是以儒家的经义应用于法律的第一人，以儒为体，以法为用，实是真正沟通德治、法治……的实行家”[308]。

董仲舒的思想，到了宋代曾被出名的朱熹全部吸收。朱熹说，审断案件要特别注意礼义之类的原则，“必原父子之亲，立君臣之义以权之，盖必如此，然后轻重之序可得而论，浅深之量可得而测”[309]。“凡有狱讼，必先论其尊卑上下，长幼亲疏之分，而后听其曲直之辞，凡以下犯上，以卑凌尊者，虽直不右，其不直者罪加。”[310]

前面说过，“仁义教化”特别和中国古人“礼治”的思考一脉相通，讲“仁义教化”就是从侧面鼓吹“礼治”，而讲“礼治”就是暗中推崇“仁义教化”。这样讲来，董仲舒暗授《春秋》，《礼记》和朱熹竭力以“礼”入“法”，都是在法律的名义之内主张“刚柔相济”。如果认定这些也是儒学思想，那么，不奇怪有学者会说：“法律已经颁布不能随意修改，在此情形下，注释法律是最好办法。窃疑儒家而为法律章句，用意深长，绝非偶然”[311]；而“法律在儒家注释之下，恐已非本来面目，他们可以利用解释法律的机会，左右法律。同一法律条文因注释不同而改变其内容的在历史上常有其例”[312]。

尽管如此，我们可以将这里“刚柔相济”的意思再扩展一下：“礼”不过是国人许多习惯规矩中的一个典型例子，如果另外想到家法宗法、乡里规约、民间习俗等一系列的非国家法律的规矩，那么，我们便可以意识到，这里的“刚柔相济”实际上特别喜好将国家法律和那些民间规矩结合起来。国家法律是一种人为的制度秩序，而民间规矩则是一种自为的制度秩序，国人似乎已经明白，两者之间的“浸

透互助”自然有利于国家法律和社会的运转。那种方法“又是以最和谐的方式斟酌时宜、权衡利弊所必需的”[313]。这也是为什么直到今天都可以发现，我们的法院（人民法院）也有时提到“情理”或者“惯例”，就像古人那样“刚柔相济”。

当然，有人可能提出这样的问题：既然“礼”一类的规矩是重要的，要比国家法律显得更有意义，那么为什么不在国家法律之中将“礼”的那一套逐一列明？这样做了，岂不两全其美？既不会影响国家法律的“明确性”“肯定性”，也不会让“礼”之类的规矩遭到冷遇？

国人当然是明白这点的。也因此，我们便看到了至少在古人的国家法律中，时常有这样或那样的“礼义”之类的规定。但是，需要注意，在社会中自然而然形成的“礼”之规矩，非常复杂而且多变，它时常和“情理”那样的东西类似，泛泛而谈的时候说不清道不明，只有在具体的情况中才知如何是好。这又是古人年年月月都提倡以“礼”入法（在审判中）的根本原因所在。

038　君王眼中的“孝顺”

对以“礼”入法的观念，中国法律思想另有理论是不以为然的。它们说，如果可以在国家法律的范围之内“刚柔相济”，就会引出慢慢侵蚀溶解国家法律的不妙结果，甚至使国家法律成为人手中的一种把玩之物。这与将国家法律干脆放在一旁置之不理，没有什么实质区别。为说明个中要害，我们看《韩非子》中的例子。

《韩非子》讲，春秋时期有个人叫弥子瑕。弥子瑕年轻的时候漂亮，所以深得卫灵公的宠爱。一次，弥子瑕的母亲病了，有人告诉了弥子瑕。弥子瑕便假托卫灵公的君命，偷偷驾驶君王的御车回家探母去了。卫国有个法令明确规定，只要是偷驾君王的御车，就要被处以

砍脚的重刑。可是，卫灵公却琢磨：弥子瑕为探病危的母亲，居然完全不顾砍脚重刑，真是明“礼”孝顺！于是命令免除刑罚，而且赞扬弥子瑕。过了一些年，弥子瑕终于是容颜衰老、满脸皱纹，卫灵公失去兴趣。一日，贪色的君王将弥子瑕逐出了宫。卫灵公说：“此人本来就违反了国家的法令，应该严厉处罚才对。”

《韩非子》做出一段评论：“……弥子之行未变于初也，而以前之所以见贤而后获罪者，爱憎之变也。”[314]

这故事也许有些夸张之处，而且，弥子瑕是个男儿身，似乎又添了一份“准同性恋”的故事色彩。不过，问题还是很有意思的。这就是：如果允许在国家法律的范围之内“刚柔相济”、以“礼”入法，难保就会出现因人感情变化而使国家法律走样变质的事情。人总是“常人”而非“圣人”。他有感情，有自己的好恶，所有这些有时就会左右他的判断。卫灵公当初不砍弥子瑕的脚，表面上提出一个“明礼孝顺”的说法，可到底还是因为“感情问题”。说到这里，这故事等于又在提醒我们注意，董仲舒等人想到了“春秋决狱”，却没有想到另一困难。其实，希望在国家法律之内“刚柔相济”，似乎也应该仔细琢磨《韩非子》中这一故事的隐喻，不能躲开，而且也无法躲开这隐喻暗示的要害问题。无论怎样，真是到了卫灵公那一步，法律之内的“刚柔相济”就不能不变味了。

039　徐元庆案的“困惑”

除了《韩非子》故事的隐喻，法律之内的“刚柔相济”的观念，还会遇到一个“内在”的麻烦问题。所谓“内在”，是说麻烦来源于规则秩序本身的问题。

为说明这点，再看一个武则天时代的案子。

当时一县官名叫赵师韫。赵县官心胸有些狭窄，易记仇，只要有谁得罪了他，他便在心里一一记下，待时机成熟了找借口兴师问罪。有个小民，平时不拘小节，见官人也没礼貌，有一天得罪了赵县官，而且没过多久就落在了他的手里，被他抓住。其实，这小民也没犯什么罪，只是“调皮”浪荡一些罢了。然而不管怎样，赵县官还是冠冕堂皇地狠狠地予以惩罚，将其开刀问斩。小民有个儿子，叫徐元庆。徐元庆心里特别清楚，知道赵县官是“假公济私”、小题大做，于是在父亲死后找了一日，趁赵县官不备，用利刃将他杀死碎尸。徐元庆声称为了父子之情，必须这样“舍身取义”。

事后徐元庆自己来到了官府自首，但说一切都是“顺其自然”的事情，没有理由不为父亲报仇，并表示任官府随意处置。

案子当时算是大案。因为，杀的尽管是个一般官吏，可犯人作案手段毕竟太残忍，杀了不说还碎尸，这是公然向朝廷挑衅。但是下至县府、州府，上至朝廷大臣，都在争论如何处置徐元庆。有人说，必须严格依照大唐例律以杀人罪判处死刑；有人却说，应该从轻发落，毕竟徐元庆是为了父子之“礼”以身试法。最后，大臣陈子昂的意见被采纳了：先判处死刑问斩，维护国家法律的尊严，然后彰明“礼义”，表扬徐元庆的为父报仇之举。[315]

显然，当时人们争论此案如何处置，这本身表明他们已经发觉这里有个棘手的矛盾问题：想要维护“父子之礼”，就要容忍私底为父杀人，想要制止私底杀人，有时就要牺牲“父子之礼”。如果判决徐元庆没罪，等于是在鼓励为父杀人；反过来，判他死罪无赦，等于否定了为父杀人的“父子之礼”。说到根子上，在这里想要“刚柔相济”，只能是捉襟见肘、顾此失彼。其实，不得杀人和为父报仇，都是“礼”的规矩，可它们本身就有些矛盾。这恐怕正是捉襟见肘、顾此失彼的关键原因。而一般来说，古时的国家法律通常记录了当时的某些“礼义”规

矩，而对另一些则是隐而不提，也可说是“无暇顾及”。这样，在法律之内“刚柔相济”，有时便会遇到左右不是的尴尬境地。这个麻烦，是“内在”于国家法律和“礼”那样的自然规矩之中的。

所以，我们看到一直有人坚决反对以“礼”入法，就不是一件奇怪的事情了。

040　“礼”为本法为末·德主刑辅

讲究在国家法律之内“刚柔相济”，似乎暗含着更为看重“礼治”的思路倾向。试想一下，既然国家法律已经有了规定，通常的观念就应是“依法办事”，可是当国家法律制定出来了，还希望以“礼”入法，那么，自然是因为“礼”的规矩显得要比国家法律重要。这是不言而喻的。

《荀子》说：

水行者表深，使人无陷；治民者表乱，使人无失。礼者，其表也。先王以礼表天下之乱，今废礼者，是去表也。故民迷惑而陷祸患，此刑罚之所以繁也。[316]

《荀子》分明是宣称，相对于国家法律的刑罚来说，“礼”才是一个根本。

《礼记》把这里的意思说得更细致了。它讲，官位高点的人，不是因为问候疾病或者吊唁丧事之类的事而去官位低点的人家里，就是乱礼了，那叫“相互戏谑”，而且可能互有贼心。做国君的就是凭这类东西来观察幽微、辨别嫌疑，达到“由表及里”的。另一方面来看，“礼”顺了，国家政治才会稳当。国家政治稳当，君王的地位才会岿然不动。反过来，“礼”乱了，官位高点的人就会暗藏杀机，官位低

点的人就会图谋篡权。像刚说的高官没有什么事还往小官家里坐，就是表为乱“礼”，实为乱国。所以，礼俗败坏的时候，即便刑罚严峻也会使国家法律漂浮不定，到了这步，天下只能大乱：“刑肃而俗敝，则民弗归也，是谓疵国。”[317]

到了唐代，人们明确指出了“礼之为本法为末”的精神所在：“德礼为政教之本；刑罚为政教之用，犹昏晓阳秋相须而成者也。”[318]

我们反复说过，在中国法律思想里，“礼治”之类的观念和“仁义教化”观念总是思路相通的。想到“礼治”，就会想到“仁义教化”，反之亦然。因此，不厌其烦地强调“礼为本”，恰恰是在另一方面强调教化是主要的，刑罚是次要的。说得更准确点，即我们熟悉的“德主刑辅”。

在《荀子》的意思看来，“……不教而诛，则刑繁而邪不胜；教而不诛，则奸民不惩”[319]。但是，权衡一下，还是德主刑辅属于上策，而刑主德辅属于中策，“隆礼效功，上也；重禄贵节，次也”[320]。

这个意思也被汉代的儒生予以发挥。那些儒生说，用刑法治理国家，和用鞭子赶车是一样的。虽说手艺再高的车把式也不能没有鞭子赶车，但是，鞭子握在手里是不应该轻易使用的。真正的圣贤，想方设法借助刑法来推行仁义教化，而结果则总是“教成而刑不施”[321]。有人另有类似的言词：“治之所以为本者，仁义也；所以为末者，法度也。……先本后末，谓之君子；以本害末，谓之小人……且法之生也，以辅仁义也。”[322]《荀子》还特别提到了一个对人应“先礼后兵”的概念。它说，例行政事的时候，应该先用礼义之类以不变应万变，态度要温文尔雅、宽和不躁，不卑不亢地招贤纳士，对平民百姓也是循循善诱。接下来，才是考虑怎样用大刑铲除“吃硬不吃软”的人。对人就应是先温柔后“狠毒”。而“狠毒”是迫不得已的事情而已。如果安排一个次序，那么可以将“先礼”看作第一年要做的事，将“后

兵”看作第三年要做的事，这次序不能颠倒了；否则，“一年与之始，三年与之终，用其终为始，则政令不行，而上下怨疾，乱所以自作也”[323]。

对“先礼后兵”的概念，大清末年的沈家本也是举双手赞成。他讲，以往治国有方的人，就是“以教为主，而刑其后焉者也。大司徒十二教而刑仅具其一，必教之不从而后刑之，则民之附于刑者而少矣，不教而诛，先王所不忍也”[324]。

在“德主刑辅”上，就像在许多其他方面一样，国人历来是讲究“知行合一”。现在，我们说个例子来看这一点。

清朝康熙年间，有个官人叫陆陇其。此人任河北省灵寿县知县。野史记载，陆官人对付小偷几乎是最有办法的。首先，陆官人每次抓到小偷，都要好心地说一句：“人心都是肉长的，你也有人心，为什么非要做这样的事？”而小偷几乎是清一色地回答：“没有办法，太穷了，只好偷点东西糊口度日。”陆官人心里明白，知道那些小偷必然以此作为狡辩，只是并不因此勃然震怒。接着，他就顺势说：“这有什么难的。现在最挣钱的活，莫过于纺纱织布了，而且这活是人人能干的。”后面的事情就是陆官人命令手下买来棉花，让小偷坐下日夜学习纺纱，并对小偷说：“学会了，就放了你，不成，说明你根本不是因为穷困，而是因为懒惰才当小偷的，如此要罪加几等。”

这个办法有用。不管小偷是因为什么原因才去偷窃的，反正现在有一条是真的：小偷都想尽快被释放。而想要尽快出大狱，小偷就要用心学纺纱。一般来说，几日过去了，小偷们也个个学得差不多了。小偷学会了纺纱，陆官人自然是履行诺言，放他们出狱。不过临放前陆官人还是好心叮嘱一番：“这纺纱所需本钱不过一百多钱，现在几天之内，循环流转，眼见着钱财不断滚来，除去吃饭的费用，起码还有

几百钱的收入。如此，再干缺德的勾当，你我就都没话可说了。”小偷听后都是非常感动。

当然，虽说大多数人改过自新了，可还是有少数人重犯“老毛病”。这时，陆官人先用杖棍打一顿，接着还是好心相劝，并在堂上继续教其纺纱织布。待有人第三次犯案的时候，陆官人才说：“这人没救了，只好用点狠法子治他！”然后叫差役拖其急走上几千步，用热醋一碗灌下，等其喝至一半，让一人猛拍其背，使其患上咳嗽的毛病。这病可是终身不治的，从此犯人也就不能再做贼了，而且走到哪里就会咳到哪里，谁听谁都知道是屡教不改的恶小偷。不仅如此，陆官人还继续令其纺纱度日，一直到死。[325]

今人阅读这个例子，可能觉得陆官人到底还是有些不人道的地方。哪能用热醋灌人，使人患上终身不治的疾病？但是，那是个次要的问题。重要的是陆官人的所作所为，还是可以让人清晰地领会中国法律思想里的“德主刑辅”的一些实际意思。有了这个，再看后面这句话就会更易理解：“以善至者待之以礼；以不善至者待之以刑。”[326]

041　有嫁无婚·灵活解释法律

礼为本法为末，或者说德主刑辅，是中国法律思想一些理论主张在国家法律名义之内“刚柔相济”，也即以“礼”入法的一个分支思路。现在，我们回过头来再看一下以“礼”入法的主张。从法律思想的角度来说，这个主张，如果扩展一下的话就意味着对国家法律的一个更为柔性的态度：大凡出于合理的需要，就可以根据诸如“情理”“公平”“民愿”……去无拘无束地解释法律，而不限于“礼”一类的习俗规矩。其实，顺着以“礼”入法这样一个思维方式，自然就可以推出这样一个态度。像《荀子》说的：“其有法者以法行，无法者以类举，听之尽也。”[327]

我们讲个三国时的案子，来看看这里的意思。

提起三国，正史野史都说其中魏国最强。曹操为了保证兵源，防止叛乱，将他麾下的士兵一律划入“士籍”，世代为兵，不得改业，这“士籍”集中定居，不得与平民通婚，如同人质。只要有机会，这些士兵总想逃走，投奔西蜀或者东吴。史书称“时天下草创，多逋逃，故重士亡法”。当时曹操将原来的《士亡法》加以修订，罚逃亡士兵的父母、妻儿、兄弟等都要连坐。

魏国有个冀州。《士亡法》公布后，有一个白姓女子，经由父母作主，被许给了当地一个士兵。就在过门之后到了夫家也没几天，这士兵便逃亡了。白姓女子连面都没有见上。

负责审判的大理寺根据《士亡法》，将百姓女子判处死刑。

当年冀州主管叫卢毓。此人十分精通法理，而且富有同情心，当听到官兵报案后立即说道：“慢着，此案押后听审。”卢毓在思考这样一个问题：妻子应当有名有实才算真正的妻子；有嫁无婚，连自己的男人都未见上一面，那叫有名无实，能算真正的妻子？卢毓得出结论：《士亡法》是正规的国家法律，十分严肃，其中的“妻子”一词，必定是指名实相符、嫁婚一致的女人家，只有这样解释法律才是合情合理的，因此，白姓女子应该从轻发落。曹操知道后，十分欣赏卢毓。[328]

可在三国时期，“黄花闺女”和出嫁娘子的区别，恐怕就在于是否嫁到夫家了。嫁到夫家了再说自己没有夫君，谁都不信。至于过门后有没有见到自己的新郎，那就需要另当别论，因为“名分”反正都是确凿的。根据这样一个意思，《士亡法》做何解释应该是不言而喻的。这也是为什么大理寺处死白姓女子的理由所在。但是，卢毓却是偏

要“独出心裁”。他似乎非要强调名实相符的道理，以此来说明国家法律的含义到底是怎样的。能说卢毓的解释不对吗?

从法律思想的角度来说，卢毓实际上提醒人们注意，对法律的解释也要合情合理。白姓女子没有见到夫君，仅仅有个名分，便惨遭横祸，这实在让人看不过去。国家法律就算是规定得十分严厉，可只要是用白纸黑字写了出来，也要允许其他合情合理的解释。到了这里，我们便会理解：希望在国家法律之内“刚柔相济”，自然就会开个口子，去允许另外的“情理”“公平”“民愿”之类的东西，充塞国家法律之中。

法律解释是个十分复杂的问题。中国法律思想的一些理论以灵便的愿望为基调，开列了不少“灵活解释”的方法清单。

比如，宋代司马光就提出了一个直到今天法学家都十分感兴趣的“立法原意”的方法。“凡议法者，当先原立法之意，然后可以断狱。”[329] 根据这个方法，我们就可以这样看待白姓女子的“逃夫案”：第一，《士亡法》之所以要惩罚逃亡士兵的妻子，那是因为夫妻二人关系十分亲近、终日厮守，两人感情思想由此日渐融洽，一人逃亡，另一人自然会有跟随之心；第二，如果没有夫妻的实际亲近关系，跟随之心也就无从谈起了，白姓女子就是一例；第三，立法者恐怕没有意图要去惩罚白姓女子这样“有名无实”的妻子，真是这类妻子都要惩罚，那么需被惩罚的人可就数不胜数了。结论是：卢毓的判决没错。我想，如果卢毓知道日后有个司马光的“立法原意”的方法，应该非常惬意。

除了这个方法之外，还有“法律原则”“法律精神”“法律目的”“情势需要”之类的具体方法。甚至还有“法律原理”的方法：“欲法之审，法之明，不可不穷其理。”[330] 这些方法，都是不拘于“礼义”一类习俗惯

例的方法，它们更加打开了国家法律的灵活天地，其妙无穷。所以，民国法律学者孙晓楼有这样的总结：

> 法律是有固定性的，一经成立，每不容易变更。然而社会则日新月异，时时变迁；以固定的法律，何以绳多变的社会；遇新事实之发生，在没有法律或惯例可以援用的时候，本不能无条理以济其穷。所以德国民法第1条，奥国民法第7条，瑞士民法第1条第2项，日本民法第1条与我国民法（注：民国民法）总则的第1条，都有“法律无明文者依习惯，无习惯者依法理”的规定，或者有类似这样的规定。[331]

另有一点也应该提一下。国人喜欢辩证，凡事讲究你中有我、我中有你。这样，不仅在国家法律的范围之内存在“刚柔相济”“灵活解释”的问题，而且，在“礼”那样的自然规矩之内也有“灵便自如”的问题。像孟子就说过，虽然男女授受不亲是一种“礼”的规矩，可是，并不是在任何时候都不能有“异性接触”，“嫂溺不援，是豺狼也。男女授受不亲，礼也；嫂溺援之以手，权也”[332]。这时，也就不要想什么“君子远色以为民纪。故男女授受不亲”[333]页。★★★。如果我们将“礼制”一类的习俗惯例看作广义的“准法”，或叫“民间法”，2而且记住其和国家法律彼此有个互动关系，那么，这里的问题和对问题的深入思考，更会多彩有趣。

042　为什么解释？

有人可能会有这样的想法：仅就国家法律来说，用白纸黑字把它写出之后，为什么还要对它进行解释？的确，现在百姓的通常观念是法律一旦定出了，人们就要逐字逐句地照章去做，不能对它灵活解释，甚至用它灵活判决，否则，有法律和没法律本身兴许就没有什么区别了。这也是中国法律思想中法家理论以及后来一些理论的一个观念。

其实，的确有些理由，甚至可说是无可奈何的理由，可说明为什么需要灵活解释法律。我们先把这点说一下。

用文字写出来的法律有两个特点：其一，它是一种普遍性的规定，不是针对具体的个人或者事件。像前面一小节提到的《士亡法》，规定了逃亡者要受处罚，其妻也要闹市问斩，但是它可没说具体要对逃亡的张三、李四、王五、陈六还是赵七，给个处罚或者闹市问斩，它也不可能这样说。文字法律总是瞄向了一类人、一类事。“士”就是一类人，“士妻”也是一类人，而“逃亡”就是一类事。其二，法律是一种一段时期之内不能说变就变的规定，否则，规定出来也就没有什么意思了，倒不如干脆让人“随机应变”“随机处理”。这个特性，十分重要。它意味着文字法律也许是几十年以至上百年的事情。所以如此，也是为了让人知道有这么一个规矩，让人做起事来都可以想到这个规矩，以至可以对自己的行为结果有个预测。比如还是那个《士亡法》，告诉士兵不得逃跑，否则就会遭遇严惩。士兵根据这个就会知道应该怎样做，不“守规矩”会有什么结果，等等。

而文字法律面对的社会，可就太复杂了，往往不是“种类”性质的、“一段时期”性质的文字所能涵盖清楚的。“刑定律有限，情博受无穷，世欲以有限之律律天下无穷之情，亦不艰哉？”[334]“人情无穷，法制有限，以有限之法御无穷之情，若不立为。”[335]像那个白姓女子，似乎不易说清到底是否属于“士妻”这一“种类”。此外，假如没有成婚，只是天天同居、日日“姘头”，算不算“妻子”？这也难断定。

将文字法律用到这样复杂的社会上，怎能不需要灵活解释？就像民国法律学者孙晓楼所讲的，“法律是人类社会生活的规范……社会的生活这样复杂，有限的条文哪里可以归纳尽净”[336]。

也许就是因为这些道理，中国法律思想的一些理论特别强调了“灵活解释”的必要。民国时期的法律学者胡长清也说：“法律之解释

（Interpretation），不但为阐明法律意义之方法，且足以补立法之不足。”[337] 外国汉学家也有这番评论：在“法律的灵活性这一问题上……法官对‘案子’的‘情’的认识应当影响他所作出的判决。法律包含司法自由裁量的内容，目的是矫正成文法律的内在缺陷。中国古代，人们经常为成文法律的缺陷而忧虑。根据法律‘变’的理论……法官可以根据他对犯罪发生时的情形的认识而加重或减轻”[338] 。而唐代孔颖达早已说过：“法之设文有限，民之犯罪无穷，为法立文不能网罗诸罪，民之所犯不必正与法同……”[339]

有人可能会讲，对文字法律不得灵活解释，在困难出现的情况下，将需要解释的问题交给立法者。但是，这样恐怕不会解决问题。一来，将数不胜数的解释难题交给立法者，立法者难以胜任。二来，这样做了，立法者等于是既在立法又在执法，既做皇上又扮钦差，我们还能谈到“当立法者”这句话？立法与执法的职责，因此恐怕分得不太清楚。第三，也是最为重要的，在中国这样大的国家，各个执法官吏日日向上传递解释难题，这似乎需要无底洞式的运行成本，人力、财力将会无穷无尽地因此输出耗费，而那“投入”与“产出”的比例失调，又是无法估量甚至想象的。另外，还有数不胜数的需要等待判决的那些人，可能因此要等上几年、几十年的光景。

另有人可能认为，要解释也可以，但要逐字逐句地严格解释，不能那样无拘无束。因为，这样有用执法权侵犯立法权之嫌。而且，像《韩非子》说的，“夫舍常法而从私意，则臣饰于智能；臣饰于智能，则法禁不立也”[340] 。这样，在白姓女子的案子里，应该把《士亡法》里的“士”“士妻”等，都做法律文字字面上的严格解说。“士”，就是流民或贫农入伍编为士家的人，平时未征召入伍时屯田，其他人，无论平民、奴婢，都应剔除出外；士兵的妻子，就是订了婚的女人家，不管是否见过面，只要收了聘礼、交了嫁妆，均要看作“白头谐老”的意

思开始。至于同居做“姘”而未订婚的女子，当然不是“妻子”，而是伤风败俗的例子，另外处置。

可是这里有个问题：文字法律是立法者写出来的，如果拘泥于字眼，是否会“曲解”了立法者的本来意思？举个例子说明这里的意思。法律文字说“故意杀人者斩立决”，现有人见义勇为、奋不顾身，故意将正在肆无忌惮残杀别人的恶霸杀了，抠那法律字眼，不就“曲解”了立法者的本来想法？显然，立法者写出“故意杀人者斩立决”几个字时，当然没有要斩“见义勇为”者的意思。所以，要尊重立法者，就要尊重立法者的本来想法，要将“见义勇为”者排除在外。换句话说，非要处处唯“文字”是举，有时就可能反而弄错了。这等于还是没有将立法者放在眼里。当初卢毓做出那种解释，不能说是全然没有这方面的“忧虑”。所以，拘泥于字眼，也未必就是一个办法。

其实另一方面，如果再仔细地琢磨一番，也许还会发现，所谓的“严格解释”兴许有时又是以“严格”之名，行“灵活”之实。你说那是“严格解释”，可别人可以说那是“扩张解释”，比如在白姓女子的案子里，如果真是嫁到夫家的女人无论有无见过丈夫，一概是“妻子”，这就似乎是扩大了受罚“妻子”的范围。而如果真是“扩张解释”，当然又是一种变相的“灵活解释”了。在这里，“严格解释”和“扩张解释”的界限似乎分不清楚。

这样看来，无论怎样，“灵活解释”本身可能是回避不了的。

当然，哪种灵活解释才算适当的灵活解释，是否可以发现一个法律文字的“本身意思”，是否可以找到一个立法者的原本意图，这些问题，都是十分复杂而又重要的问题，可以深究。无奈深究，似乎又走得太远了。

043　法网的疏密·法律的原则性

现在，我们可以追踪这样一个问题：既然“灵活解释”是个不能回避的事情，那么，我们何不直接将国家法律的文字制定得“简约”些？像在三国时魏国的《士亡法》里，就立一条：“逃亡西蜀东吴或者匈奴的，拿办即斩，其妻随即押赴刑场”，不要说些“在什么条件下才算士、士妻”，或者“在什么时间、地点、情形之下的离开才算逃亡”之类的言词。这样立法，就可“以不变应万变”，让卢毓那样的执法官，方便灵活、运用自如，从而在法律的世界中巧妙地实现“著而有定者，律之文；变而不穷者，法之意”[341]。

的确，顺着“希望灵活解释”的意思，好像应该得出这样的结论。也许是因为这点，我们就看到了晋代杜预有这样的说法：“刑之本在于简、直。”[342]杜预最为喜好“以礼入法”。他想，礼、法、律、令，应该“相须为用”[343]。唐代李世民说：“国家法令，惟须简约，不可一罪作数种条，格式既多，官人不能尽记，更生奸诈。”[344]上一小节提到的司马光也说，“凡立法贵其简要”[345]。就是民国初年和今日法律学者也有这样认为的：“简则治，繁则乱，盖以我国幅员之广、人民之众、风俗之殊，不能不以简驭繁之法，故各国无不有极详密之……法，而我国皆无之。”[346]“在立法繁简的选择上，简明扼要总是要比繁琐庞杂要有利一些。”[347]

前面我们提过，“以礼入法”和“灵活解释”的观念是遥相呼应的。所以，顺下去的思路，当然是像杜预和司马光那样倾向于喜好法律的“言简意赅”。

不过，杜预另有两个理由说明法律不可繁琐。其一是，“法者……文约而例直，听省而禁简。例直易见，禁简难犯”[348]。其二是，“法出一门……吏无淫巧”[349]。先说第一点。“文约而例直”是讲文字简明

通俗、条文准确明白。“禁简”是讲条文绝对不能太长。明代丘濬说：法律“浅易其语，显明其义，使人易晓，知所避而不犯可也”[350]。再说第二点。法律简单明了，自然要求不可法出多门，比如无论何时都要由君王决定，这样，官吏也就不敢投机取巧、徇私枉法了。

这两个理由怎么样？

一般来说，今人可不大会这样思考问题。我们都说，法律定得越详密，自然越是好事。这样一来可把所有我们认为应该处罚的犯罪一一列出，威慑潜在的犯罪分子；二来，可使那些贪官污吏无缝可钻，因为任何问题都已有条文清楚规定。

对于后一点，可以从法家特别青睐国家法律的思想中推断出来。前面第018小节说过，法家尤为喜欢国家法律的明确性和公开性，并讲这样才能叫官员的一切所作所为尽在光天化日之下，如此他们也就不敢投机取巧、胡作非为，即便是君王，也不便“为所欲为”。当然，法家极少或说没有直接挑明“条文越密越好”，只是含蓄地暗示应该这样。《韩非子》提到过一个传说，里面讲春秋战国时期的赵简子，派出官员去收税，官员请示收税的标准，赵简子只是说了“不要太轻也不要太重，反正贪官无法从中赢利即可”。谁知，没过多久，有人告诉赵简子这个标准正好使贪官发财了。赵简子一查，果真如此。[351]这是含蓄暗示的一个例子。而今人则是毫不犹豫，从推崇国家法律的观念中直接推出了这个结论，而且越发相信这是国家法律发展的必由之路。

那么，杜预为什么会这样想问题？他的想法为什么和今人或讲法家的含蓄意识，正好相反？

我们应该注意，如果联系一下前面说的“灵活解释法律”的问题，就可以知道，法律不论怎样详密书写，终归不能逃避“解释”这一难

事。而且，即使可以充分发挥想象能力和推理能力，将社会上可能发生的事想得清晰透彻，也会挂一漏万，毕竟将来发生的许多事情不是我们所能预先知道的。此外，还有一件难事，这便是把法律条文写得越多越密，条文之间“相互矛盾”的可能性就会越高。试想一下，要把所有的事情都挑明写出，那法律的书本就会“臃肿庞杂”，“臃肿庞杂”的结果就是自生紊乱、自含矛盾。法律文本有了紊乱和矛盾，不仅一般人有时看了会不得要领，而且，那也正中污吏的“取巧”下怀，“法愈详而弊愈极”[352]。

既然文字法律无论怎样都不能逃避“解释”，并且多写多立还会自生“麻烦”，从而让人有机可乘，那么，我们便可以隐约理解杜预为什么会那样思考问题。

当然，杜预主张法律条文应该“言简意赅”，并非是要条文变得少得可怜，或将所有各类犯罪的名目列为一条，而是认为，法律条文字句应尽量简单明了。这是一个“相对”意思的表达。在法律思想中，没人会说法律条文简洁得应该“极度集中”，万句并作一句。那是一个误解。

现在看个案子。这个案子对赞同杜预想法的人来说，也许是件刺激兴奋的事情。

清朝道光年间，有个满族学子叫奇成额。奇成额在老师的谆谆教诲之下，成了人才。可是也许因为读书读得太用功，奇成额竟然将老师看作自己生命的一部分，日日担心老师饿着病着，老师最后去世了，奇成额也觉得自己活着没有意思。老师去世那天，奇成额决定自杀，跟着老师共赴黄泉。共赴黄泉也就算了，岂料，奇成额居然记着另一件事：预先通知官府，免得官府费尽心机穷追死因。这真是“心地善良”到家了。官府收到通知后，立即到他家将他“解救”出来。

但是，官府事后总是觉得哪里不对，左想右想觉得奇成额是在扰乱官人做事。官府暗自琢磨：“你私下寻短，何必让我们心神不定、费尽周折！”几日过后，决定处罚那个书呆子。可是，官府翻遍大清律例，也没发现一个适合该案的条文字句。到了最后，只好上报刑部，请求指示。而刑部到底是水平较高，发现一条规定似乎比较合适。这条规定说：犯了不应当做的事情，轻者鞭抽四十下，重者杖打八十下。最后正是使用这条规定，官府给予了奇成额处罚。[353]

在今人的法律中，恐怕是不会发现这样一条规定的。什么是“不应当做”？说起“不应当做”，肯定可以列出成千上万的事例，大到杀人越货，小到无礼骂人。这样制定法律，真堪称“一绝”。可是，说赞同杜预想法的人自然会对上面的事件兴奋不已是因为，如果没有这样一个“简单概括”的法律条文，官府肯定会对奇成额没有一点办法，想“灵活”一下也是步履维艰。其实，正是由于大清例律的条款多如牛毛、浩如烟海，不仅官府查起来颇为费劲，而且奇成额也无法看到，以明晓自己该做什么，不该做什么。相反，如果条文比较简略，大多像这条那样“高度概括”，事情也许就会方便许多。当然，那条规定可能实在“太概括”了，稍微具体一点，我想，也许正是杜预和支持杜预想法的人举双手赞成的一件事情。

这样解释杜预的想法是否合适，读者可以自己判断。

044　养马人的命

主张将国家法律制定得“疏松概括些”，一方面是因为，文字法律总是避免不了“解释”问题，另一方面是因为，这样可以顺利地实现法律之内的“刚柔相济”。当然，还有一些其他次要的理由。不过关键还是前面说过的那句话：法律和仁义教化应该相辅相成。[354]法律不能丢掉了“仁义”。所以，有人说，法律“简者，宽仁之本也”[355]。

当然，有些理论并不这样婉转表述，而是直接谈论法律旁边的“仁义”。《晏子春秋》讲过一个传说，便是表达了这个意思。

春秋时期的齐景公头脑糊涂多于清醒。后人议论，如果没有精明的晏子辅佐，他不知会犯多少错误。例如前面第029小节说过，他差点因为一棵槐树的小事，用“恶法”处死平民百姓。也是这个齐景公，因为特别喜欢一匹马而险些肢解一个养马人。原来，这名养马人奉命饲养那匹马，不知什么原因，马突然死亡。齐景公因此非常震怒。他下令，将养马人依照法律肢解示众。这时，聪明的晏子问景公：“古时圣王尧舜肢解犯人的时候，从身体的哪一部分开始？”景公一听，猛然醒悟自己错了，因为尧舜从来没有肢解过人，所以，无从谈起从身体哪一部分开刀。

接着，晏子说：“这样，让我来告诉养马人究竟他犯了什么罪，然后交给狱官处置。”晏子对养马人说：“你有三条罪状。大王让你养马，你却让马死了，这是其一。其二，那马是大王最为喜欢的一匹骏马，让它死掉是罪加一等。其三，让大王因为一匹马死了这样的小事杀人，定会叫百姓说我君王不仁不义，从此积聚怨恨，也让各地诸侯从此小视我泱泱大齐，这罪可就更重了。现在只有将你交给狱官处置了。”

齐景公又是猛然醒悟，连声叫道：“赶快放人！绝对不能让人说我不仁不义。”[356]

相传晏子仁义宽厚。也许因为自己身材矮小，几乎类似侏儒，从而时常被人歧视，[357]机智聪颖的晏子具有由己推人的仁爱之心。晏子虽说赞同用国家法律治国治民，但是，时常以为用仁爱礼义顶替严刑峻法是个明智的好方略。他想：有法而不强制推行，道义才会生生不息、好的品德才会延续不断。[358]

这个传说中的观念，到了后人那里就变成了“赏善罚暴者，政令也；其所以能行者，精诚也”[359]。而且可能引出了这样一说：“赏罚之柄，此上之所以使也。其所以加义，则忠信亲爱之道彰。”[360]

用仁义之爱结合国家法律，使其时隐时现，又是一种法律与道德的“刚柔相济”。这种“刚柔相济”，略微不同于前面第035小节提到过的“打一巴掌揉三揉”，也与前面第037小节提到过的“董仲舒暗授《春秋》”，相去较远。当然不论怎样，它们倒是具有共同的偏爱之处，这便是都在执着地认为，单纯地以法讲法，似乎不能发挥法律应有的社会功能，也不能实现法律应有的目的。这个观念，往“深层”延展一下，等于是在追问：制定国家法律，到底是为了何种目的？

不过，另有一点也应交代。中国法律思想的一些理论讲究“刚柔相济”，还出于一个不大不小的担心忧虑，也即荀子所提到的：“君者，舟也；庶人者，水也。水则载舟，水则覆舟。君以此思危，则危将焉而不至矣。”[361]荀子还有类似的说法：“马骇舆，则君子不安舆；庶人骇政，则君子不安位。马骇舆，则莫若静之，庶人骇政，则莫若惠之。”[362]依照荀子的意思，晏子的那一套自然也有点“小恩小惠”的味道。晏子明白，“法立而民乐之……则主尊显”[363]，“明君顺人心……刑设而不用”[364]。其实，中国法律思想的许多理论，都有“出谋划策”的“入世”企图，都想在治国安民中夺取一个“话语霸权”。所以，它们处处替君王着想，乃是情理之中的事情。这样说来，晏子只是做得比较“自然”——当然也有“仁爱”之心——罢了。

至于“刚柔相济”是否真能“使水载舟”“令马不惊”，则是另外一回事。从感觉上讲，“刚柔相济”似乎要比“单用严刑峻法”或“单用仁义教化”来得更有效果。

小结

在中国法律思想中，“刚柔相济”的观念是个折衷观念，是对“严刑峻法”和“教化为先”的柔性回应。如果比较相信“习相远”，相信人性可以变化多端，那么，就会容易赞同“胡萝卜”与“大棒”的交替使用或者“两手都要硬”的方法。从法律思想的角度来说，这里最为有趣的观点，应是法律之中的“刚柔相济”。从汉代到今天，极少有人再去认为国家法律是件可以抛弃的东西，相反，倒是更多人以为，国法愈加成了有用之器。如此，人们自然会考虑如何以“情”入法，如何让法律灵活便利，去适应不断变化、复杂多样的人事物。

这里的思路十分有益。法律要灵活，是不是等于法律由此没了“稳定性”“明确性”“可预测性”？我们是否可以让法律在施行的过程中“一丝不苟”“铁板一块”，完全剔除“人为”的因素？如果法律日日融入了“人”的因素，是否法律最后等于没法了？“刚柔相济”的概念，实际上，已经把我们带到了思索这些问题的出发点……

第四章　顺其自然

前面第044小节，讲到晏子机巧地救了养马人的命。我们说过，那很大程度上是为了齐景公可以更有策略地治国安民，倒不一定非是“救人一命”。晏子的方法，是将仁爱礼义结合甚至用其顶替了国家法律。这是对国家法律的一种态度。

现在，我们看一种极为“飘逸”的观念。这个观念，不仅丢掉了“严刑峻法”“教化为先”，而且抛弃了“刚柔相济”，从而表现了对国家法律更为“脱俗”的姿态。

045　“你我的争议”

先读一段有趣的言语：

你我发生了争议，我没你能说，这是否表明你对了？反之，你没我能说，这是否表明我对了？其实，可能你是对的，也可能我是对的，可能你是错的，也可能我是错的。也可能你我都对，或者都错。究竟如何，你我并不知道，本来都是糊里糊涂的。找谁来评判？让赞同你的来评判，既然赞同你，怎能来评判？让赞同我的来评判，既然赞同我，怎能来评判？叫不赞同你和我的来评判，既然不赞同你我，又如何能评判？叫赞同你和我的来评判，既然赞同你和我，又如何能评判？这样，你我和评判者都无法相互了解，还要再等另一个？

这段言语见于《庄子·齐物论》。讲这番话的是个叫长梧子的人。由于认为任何事都有些“虚无缥缈”的感觉，他便拿出这段话讲给别人

听。笔者用大白话把它复述了一遍。自然，不应将这段言语当作绕口令或“无病呻吟”。因为，仔细琢磨，可领会其中的意义所在。

需要首先说明一下，这段言语讲到了“争议”，而“争议”大致有如下几种。第一，争论事实是怎样的。比如有人讲太阳是方的，有人讲太阳是圆；有人讲这鸡被杀了，有人讲这鸡还活着。第二，争论“主观感受”是怎样的。比如有人说朝阳最美，有人说夕阳最美；有人说鸡鸣悦耳，有人说鸡叫刺耳。第三，争论将来可能发生什么。比如有人说太阳多少年后可能“自行消失”，有人说太阳永远照耀天下；有人说这鸡日后会得鸡瘟，有人说这鸡更会茁壮成长……

专家说，第一类争议可以叫作“事实争论”，第二类可以叫作“价值争论”，第三类基本上可叫作“可能性争论”。

在一般人眼里，第一类争论可能比较容易解决。因为，看一看太阳或用科学仪器观察一下，就可解决有关太阳“方圆”的争议，去到鸡窝看看鸡是否依然挺胸仰脖，就可解决鸡是死是活的争议，而且，通常不用找个第三人来做评判。第二类争论恐怕就难解决了。因为，那是一个爱好或者嗜好的问题。有人就是喜欢，有人就是厌恶，谁也不能给谁立个“客观”标准。这类争议的意思不大，找个第三人来做评判也是白费力气。第三类争议比较复杂。不过大体来说，还是可以有个结果，只要有了足够数据资料，就可预测太阳和鸡的命运将会如何。

但是，有时问题并不这么简单。有时，各类争论可能都像第二类争论那样，不易有个明确结果。像鸡死活的问题，如果到了鸡窝，发现那鸡不见了，那么鸡是死是活谁能断定？像太阳以后是否会“消失”的问题，如果有证据显示有这可能，有证据显示这绝非人的能力所能预见的，那么，争议就会没完没了。由此可知，起码许多社会中的人事物，正是不易争得一个明确结果的。于是，在争议中“谁更能说”，便被人们用来作为一方压抑另一方的“冠冕堂皇”的理由。

长梧子的言语，是想表明这种“压抑”的“非法性”。你更能说，并不意味着你是正确的，兴许这仅仅表明你的理由要比我的理由显得更“多”更“妙”。“多”和“妙”与“正确”，还是有着天壤之别的。鸡不见了，你说死了，而我说活着，你说发现有人拿刀去过鸡窝，发现那鸡前天已经“精神疲惫”，发现鸡毛四处飘散，发现鸡血腥味无处不有，而我只说了那鸡昨天还活蹦乱跳，这也没证明你是正确的。你是能说，你的理由要比我多，可是鸡的死活依然悬而未决。找个第三人来做评判，也是没有用处的。

既然如此，为什么我们还要争论下去？为什么偏要寻找证据证明鸡的死活？鸡的死活、太阳“存亡”，都是自然而然的事情，由它去不好吗?

现在回到法律思想的问题。我们可以从长梧子的那番言语想到，“严刑峻法”“教化为先”“刚柔相济”的主张，都是“能说”一类的争议话语。它们不能证明什么，只能显示自己“能说会道”。对社会中的人，究竟是“严刑峻法”，还是“仁义教化”，还是“胡萝卜加大棒”更有效果，那是最终无法彻底证明的。既是这样，何必非要强行“争议”，非要“压抑”对方，非要将自己的话语强加于社会？应该知道：“善者不辩，辩者不善。”[365]

046　“无为”的治理

虽说“争议”有时没有什么意义，但是，人总要面对社会、面对他人，总要做些什么才是。即使一句话不说，也是一种“作为”。有意思的是，中国法律思想的一些理论，正是以“无为”作为一种“作为”，它们设想，治理社会根本无须多费口舌，“为无为则无不治”[366]。

《庄子》里记载了两段对话，说的也是这个意思。我们看一下。

有人说：君王自己制定法律，百姓谁敢不听，谁敢作乱？

有人答：这样想问题就幼稚了。如此治理天下，好像到海里挖渠，让蚊子背山。真正的圣人怎会用法律约束他人的行为？观察一下，圣明君王对待百姓如同放羊，自己无忧无虑、自由自在，百姓也是无拘无束。而且不要忘，鸟会用高飞来躲避张网和弓箭的暗害，鼷鼠会在神坛之下“安家落户”，以躲避烟熏和锹挖。两个小动物没有什么事情不明白的。[367]

另有人问：如何治理天下？

另有人答：还有这样愚蠢的问题！我正要跟随造物主，骑上虚无缥缈这只鸟，飞到天地之外，到一无所有的地方遨游，在虚旷无物的地方安身。别用这类问题烦我！

那人还问：如何治理天下？

答者再答：心思恬静，心气淡漠，顺应事物的天性而不要自作主张，如此天下就会秩序井然。[368]

两段对话原文是文言。笔者不太严谨地用俗语说了一遍。读者看着方便也就可以了。

依照这两段对话的含意，制定法律或者积极干预社会，不是自作自受，也是自找麻烦。所以《老子》里就说了：“我无为而民自化，我好静而民自正，我无事而民自富，我无欲而民自朴。”[369]《吕氏春秋》则讲：“大圣无事，而千官尽能。此乃谓不教之教，无言之诏……以无当为当，以无得为得者也。”[370]《淮南子》跟着说：“故圣人事省而易治……不施而仁，不言而信，不求而得，不为而成……刑罚不足以移风，杀戮不足以禁奸，唯神化为贵，至精为神。”[371]

现在有人肯定会提出这样一个问题：有些事情不干预不管怎能可以？比如，小孩子不懂事，在人杂混乱的环境里如果“天天放羊”的话很有可能就会走上错误的道路。我们总不能认为，“天天放羊”，不仅小孩而且混乱环境中的坏人也会自我调教，最后都成为正人君子吧？不用法律惩罚也得教育管束才行。

主张“无为而治”的理论具有这样一个观念：凡事都会物极必反，事物都会向对立面转化。这也是我们熟悉的一类“辩证法”。《老子》说委曲就会保全，弯曲就会伸直，低洼就会充盈，破旧就会更新，取少就会得多，取多就会迷惑。[372] 另有书说：“东海之极，水至而反；夏热之下，化而为寒。”[373] 因此“全则必缺，极则必反，盈则必亏”[374] 。做事情只能是：欲收缩，先扩张；欲削弱，先增强；欲废除，先振兴；欲夺取，先给予。[375]

根据这个意思来看小孩子的事情就会得出这样的结论：小孩子不懂事不要紧，学坏了也没有什么可担心的，反正学坏到了极点就会慢慢变好的。相反，天天管住小孩，叫他不得做这做那，到了忍无可忍的地步他还是要变坏的。并且，小孩子生来就会有些小毛病，管束多了也不易使“毛病”发展到极点，不到极点也就不会向“革除毛病”的方向转化。混乱环境中的坏人也是一样。

所以凡事顺其自然，不可人为地干预。“绝圣弃智，民利百倍；绝仁弃义，民复孝慈。”[376] 而“民之难治，以其上之有为，是以难治”[377] 。

现在我再给这个说法加点“博弈论”的理由，让它显得更有道理。小孩和坏人在混乱的环境里，由于放任的结果变得越来越坏，变得越来越贪婪。但是，无论坏还是贪婪，小孩和坏人都在琢磨如何得到更多的利益。所谓“坏”无非是坑蒙拐骗，“贪婪”无非是野心勃勃。这

类“坏”和“贪婪”在获得利益上可能会有少量的成功机会。但是时间长了，谁都会怕你躲你，甚至有人会“以其人之道还治其人之身”。结果越坏越贪婪，越是无法得到利益。于是小孩和坏人最终会发觉：还是需要遵守社会的自然规矩。到了这一步，小孩和坏人都变好了。这也是一个“顺其自然”的过程。

这番道理听来可以接受。但是，恐怕依然没有人会让自己的小孩“顺其自然”。因为一个简单的可能性是：在小孩真正发觉需要遵守社会规矩之前，也许他因“坏”或“贪婪”等恶劣行径已经死亡了。

如果我们将小孩看作社会上的百姓，那么我们会让其“顺其自然”，还是会“严刑峻法”“教化为先”，或是“刚柔相济”?

047　爱马·被马害

“无为”最为重要的目的在于“顺其自然”。一般来说，讲究“自然”、喜欢“自然”，便意味着相信任何事情都有自己的规律，比如，日月星辰就有自己的运行规律，花鸟树兽也有自己的生长规律，人间世事更有自己的轮回规律。这样说来，强调“无为”便是从侧面暗示要尊重这些规律。进一步讲，“顺其自然”不仅缘于“物极必反”，而且缘于干预“自然”可能会有人们不想看到的结果。

《庄子》说，爱马人心甘情愿用竹筐替马盛粪，无悔无怨用水桶为马接尿，这是不言而喻的。而如果恰巧飞来一群马蝇在马身上不断叮咬，爱马人就会立即拍打这些马蝇。可是，正是这个拍打可能给爱马人带来灭顶之灾。那马有时希望别人驱赶拍打马蝇，有时并不希望，因为正在静心养神。爱马人这时还去拍打，当然会使马受惊，叫它扬蹄子、尥蹶子。结果是马咬断了缰绳，踢破养马人的脑袋，踏碎

养马人的胸膛。这就叫本意在于爱马，结果却是惨遭横祸——“意有所至，而爱有所亡。”[378]

现在用这个道理再来看前一小节提到的“小孩子管教问题”。为人父母者没有不爱孩子的，可是孩子有时就是倔强，有时偏要和父母作对。父母越是出于爱去管教，越是相信“打是疼，骂是爱”，孩子越是自行其是甚至产生敌意。虽说孩子不能像马那样扬蹄尥蹶，“踢破”父母的脑袋，“踏碎”父母的胸膛，可是长大有了力气，孩子就会和你拼个高低。这个结果对父母自然是没有什么好处。孩子有自己成长变化的规律。

再将小孩看作社会中的老百姓。

想想看，你想管教百姓，出于“爱心”去用国家法律来约束甚至大刑惩罚，百姓自然不会听你那一套。百姓天天做自己的事情，做好事坏事都有自家的“规律”和道理。你偏要根据自己的心思，看这不顺眼，看那不顺眼，就像看见马蝇叮咬自己心爱的骏马一样从而用刑罚去“拍打”，那么，百姓有时就会反戈一击，直至“踢破”你的脑袋，“踏碎”你的胸膛。“勇于敢，则杀。”[379]“夫代司杀者杀，是谓代大匠斫。夫代大匠斫者，希有不伤其手者矣。”[380]

这个“司杀者”，便是天，便是天道。违背了天道，扰乱了自然的秩序，自有“自然法”来处置他，不用社会和政府的干涉。若用人力去赏善罚恶，便是替天行道，便是“代司杀者杀”。这种代刽子手杀人的事，正如替大匠斫木头，不但无益于事，并且往往闹出乱子。[381]

像那商鞅、韩非“凿五刑，为刻削……自以为治，是犹抱薪而救火，凿窦（洞）而出水”[382]。概括来说，这些做法都是没有好结果的。

不信则看个例子：秦王朝的覆没。

用“仁义教化”去管教小孩，结果虽然不会这样，可也是相差无几。为说明这里的意思，先列出一段孔子和老子的对话：

孔子说：我的学问的关键就是仁义。

老子问：仁义是人的本性？

孔子说：当然。君子不仁不能成名，不义不能谋生。仁义自是人的本性，这没有什么可争论的。

老子说：什么叫仁义？

孔子说：由衷地希望万事安乐，对人慈爱，无私无邪，这便是仁义。

老子说：这话虚伪！慈爱怎能不是私心？无私才是真正的自私！对人慈爱，是为了成名谋生。成名谋生转来转去还不是为了自己？为了自己而这样做，不是自私又是什么……所以鼓吹仁义就像敲鼓寻找逃跑的孩子一样，搅乱人的本性。[383]

老子后面还应该有话，但是没说出来。我试着把这话续上：“无私就是自私，鼓吹无私等于鼓吹自私，向小孩鼓吹自私，小孩就会用自私来对待你直至叫你自食恶果。”这样讲来，用“仁义教化”管教小孩又是破坏了人的本性或者自然规律，到了这里和爱马的养马人的结果又贴近了。

用“刚柔相济”来调教小孩，结果也是类似的。

那么怎样对付小孩？《庄子》里提到这样的意思：如果小孩无知胡闹，你就跟着调皮捣蛋，如果小孩不守规矩，你就跟着破坏规矩，

如果小孩无法无天，你就跟着肆无忌惮。[384]总之最好是“无为”，实在想“有为”也要顺其自然行事。我们今人将这叫作“以其人之道还治其人之身”。再将小孩看作百姓，便可明晓治理社会的要领在于“顺其自然”。爱马就要顺从马的天性。

我们会不会“以小孩之道还治小孩之身”？《庄子》说的这些思想看着自然、有理，可是几乎没人真会这样去实践。

048　法令数量与盗贼数量的正比例

国家法律出现在人世上，说来也有很长的历史。估算一下最早的国家法律比如国人的“禹刑”[385]、外国两河流域的苏美尔人的楔形文字法律，距今也有四五千年了。人制定法律，自然是因为社会有问题，有时并不安定、缺乏秩序。就对付真正的盗贼而言，人们对法律还是非常赞同的。

可是，中国法律思想的一些理论在鼓吹“无为”的时候特别说道：“人多伎巧，奇物滋起；法令滋彰，盗贼多有。”[386]《吕氏春秋》类似地讲：“令苛则不听，禁多则不行。桀、纣之禁，不可胜数，故民因而身为戮……”[387]另有书也说，“奸邪多则刑罚深，刑罚深则国乱”[388]，对于一般官吏，“君修法讨臣，臣慑而不敢拂……患也”[389]。

为什么会是这样？本来这法律制定出来，一部分专门用来对付盗贼奸人的，为什么还会滋生深患，为什么坏人愈“压”弥多？《庄子》说原因应该这样理解：许多人的性情本来是平静的，虽讲平静可也有尝试新鲜的嗜好。法律制定出来后许多人才知道有“盗贼”犯罪这个事情。知道后就要想法躲避法律，一是琢磨不犯法，二是琢磨不被罚。可是琢磨这些就要费尽心思，费心思的结果就是脑子更灵，脑子更灵

的结果就是越来越容易想到歪门邪道上去。“于是乎……天下脊脊大乱，罪在撄人心。”[390]

而对那些本来就是盗贼的人来说，他们大多数心思本来就是坏的。当知道法律出来了，他们便会仔细研读，思量如何对付。结果同样是越来越多地开凿了歪门邪道，犯罪的手段愈加高超精湛。也可说这是“道高一尺，魔高一丈”的一个种类。手段高超精湛了，成功率就会增加，成功率增加反过来又会刺激盗贼的邪念。这又是一个恶性循环。这也是为什么人们可以发现，即便上千年之后，随着惩罚盗贼的法律增多，而盗贼并未消失，反倒是似乎与日俱增。当然，鼓吹“法令滋彰，盗贼多有”的理论并未直接讲出这个原因道理。可这是合乎逻辑的一个推论。

此外，不仅“法令滋彰，盗贼多有”，而且“罪当死者肥泽，刑者多寿，心无累也”[391]。这弦外之音是：法令刑罚多了，反倒便宜了那些作恶多端的犯罪分子。这也意在说明法令多了没有什么好处。

所以想来想去，似乎“治理之美，无过无法”[392]。

不过，仅就“法令滋彰，盗贼多有”的说法我们可以提出这样的问题：人是不是一定像《庄子》说的那样，脑子越灵，越容易想到歪门邪道上？回答肯定是“不一定”。不说别人，就说制定法律的人，其中有些在制定法律的时候脑子也是越来越灵，但是他们就不会想到歪门邪道上去。否则，这社会上也不会有什么法律出现去对付盗贼了。其实《庄子》也不否认社会上总有人做坏事，有人做好事，而且做坏事的想对付做好事的，做好事的想对付做坏事的，这样对付下去双方脑子都是越来越灵。既然如此，如果出现越来越灵反而走上邪门歪道的情形，自然也会出现越来越灵走上“以正压邪”之路的情形。其实，不仅某些立法者，就是其他一般人也有脑子越灵越是远离邪门歪道的时候。起码老子庄子就属这一类。《庄子》的说法有点类似古希腊柏拉

图讲过的一个观念：在戏剧中扮演坏人角色，特别容易变成坏人，因为扮演者必须深入角色、体会角色，这种“深入”和“体会”慢慢就会令其心灵变质向恶。[393] 可是有谁会相信柏拉图的观念？

再就盗贼而言，盗贼的确有时在法律面前更加知道“狡兔三窟”，而且法律出现以来这么多年也没有杜绝盗窃。但是，有胆大的盗贼，也有胆小的盗贼。换句话说有“临危不惧”甚至“视死如归”的盗贼，也有“诚惶诚恐”直至“夜不能寐”的盗贼。如果“诚惶诚恐”“夜不能寐”，怎会有更多心思琢磨如何“狡兔三窟”？真是这样倒是不如悬崖勒马、洗手不干了。有盗贼正是这样想事情的。既然如此，法律是不是已经彻底消灭了盗贼也就不是一个问题了。

至于“死者肥泽”“刑者多寿”，也没什么可用来说的。究竟有多少人想在牢狱中肥头大耳、受刑后长命百岁？答案是比较清楚的。其实，有盗贼想方设法“狡兔三窟”，逃避制裁，正是因为不想有个牢中度日、忍受重刑的下场。

笔者这样分析这里的问题，并非想表明上面那种“法令滋彰没有什么好处”的说法已是“误入歧途”，只是想表明，主张“无为”的法律思想在释放了被压抑的话语道理的同时，反过来又压抑了原来的“压抑者”。这是说，它将人们总是忽视的道理分析得清晰透彻的同时，又把这类道理奉至中心，从而使别种说法毫无地位可言。比如，有盗贼在法律面前肯定是“越来越灵”，于是那种理论便断定，情形必定是“法令滋彰，盗贼多有”，而不再认为“法令滋彰，盗贼心惊”也是社会的一个方面。

049　法律的起源

“法令滋彰，盗贼多有”的观念是想表明，国家法律的作用不仅有限，而且“促生混乱”。结论是最好将法律放在一边，凡事顺其自然。现在笔者试着用一种推论来表明恰恰在顺其自然的时候才会出现国家法律。换句话说，要想顺其自然，就会自然地产生国家法律。

前面第046小节讲到了小孩如何在众人都“博弈”的情况下，最后遵守社会自然规矩。我说过，那是顺着“物极必反”的道理可以得出的一个结论。小孩子调皮捣蛋，在什么事上都无拘无束，而由于放任，他像其他坏人一样变得越来越贪婪。越贪婪就越想要得到更多的好处，越想得到更多的好处就越会不择手段。而不择手段虽然可以获得几次成功，却较难永远获得成功。因为，别人慢慢就会躲避防备甚至“以牙还牙”。于是，小孩子终于明白要遵守社会中的自然规矩。否则，别人没好处，自己也没有好处。到此小孩子也就“学好”了。

我们现在将社会中的所有成员都看作可以放任的小孩子。大家都是无拘无束的，直至贪得无厌，这样人人最终都会发觉自己岌岌可危，时时处在弱肉强食、“物竞天择”的不妙处境。就算一人可以一时战胜另一人，终究会有被他人战胜甚至“吞食”的可能性。于是，大家就会明白，只有人人“学好”或者遵守一个社会规矩，人人才会最终获得安全。接下来的事情就是人们会想到制定一个文字性的规矩，大家依规矩行事，并选出一个负责监督执行的“中立”机构，但凡出现违反者便根据规矩察断处罚。这套文字性的规矩和“中立”机构的出现，应该说就是国家法律的起源了。

讲到这里，如果对西方的法律思想颇为熟悉，自然会知道这类解说叫作“社会契约论”。在西方，“社会契约论”有许多“版本”。有霍布斯“版本”[394]，洛克“版本”[395]，还有卢梭“版本”[396]……但是它们大同小异，其共同之处正在于说明法律的起源是自然而然的事情。没有法律，没有一个社会规矩，人人都不会遇到好结果。为了生存人们

自然会建立一个政府，订立一个法律。人们当然不能说国家法律必然是以这种方式产生的。但这种可能性是绝对不能排除的。至此可以清晰地看到，顺其自然的结果并非像前面一些中国法律思想想象的那样可以抛离国家法律，恰恰相反，国家法律正会因此而产生。所以，真要顺其自然，国家法律有时是个想扔都无法扔掉的东西。这也是直到今日人们仍不会丢掉国家法律的一个原因。

显然，在以舍弃国家法律的方式来顺其自然、“无为”治理的观念里面，包含了一个不幸的自我解构。

050　礼：混乱的开始

主张“无为而治”的理论，既然可以说出“法令滋彰，盗贼多有”，以此贬低国家法律的作用，自然也会对“礼”一类的社会规矩具有同样看法，认为“……君子之礼法，诚天下贱贼乱危死亡之术耳……”[397]

《庄子》说“圣人不死，大盗不止”[398]，“绝圣弃知，大盗乃止……剖斗折衡，而民不争”[399]。“为之权衡以称之，则并与权衡而窃之……为之仁义以矫之，则并与仁义而窃之。”[400]所以，“窃国者为诸侯，诸侯之门而仁义存焉”[401]。

为什么要这样看问题?

《庄子》说圣人喜欢讲聪明，可讲聪明的结果往往是为盗贼做了准备。比如，为了防备小偷撬开箱子、顺掏袋子、凿裂柜子，“聪明人”就会扎牢绳索，加固锁钥。圣人也是这么教导的。可是，大盗来了，他扛起箱子、拎起袋子、举起柜子，说走就走，唯恐你绳捆扎不紧、锁钥加固不牢。这就叫给盗贼作嫁衣。[402]

《庄子》还讽刺地说，圣人不仅喜欢主张“聪明”，而且喜欢主张“圣”“勇”“义”“智”“仁”。可这同样是为大盗准备了精神食粮。古时传说有个大盗，叫跖。跖的手下问：“这盗是否也有道理？”跖说：“什么事情没有道理？能猜出屋里有什么东西是圣，进屋时争先恐后是勇，出门时果敢断后是义，判断出何时可以动手是智，分赃公平是仁。不具备这五条，想成为大盗是非常困难的。”所以《庄子》说，“跖不得圣人之道不行”[403]。

本来，盗贼没有大智也不懂得仁义，偷来偷去也不过是个溜门撬锁的。然而圣人来了，不断鼓吹“仁义智勇”，这就使其如虎添翼，在“盗窃”中有了“宽仁”“智慧”“义气”。如此怎能不说“圣人不死，大盗不止”？《老子》也说过了：“大道废，有仁义；慧智出，有大伪。”[404]

圣人，尤其天天讲说“仁义教化”的圣人，自然欣赏礼制。既然他们的“仁义教化”使大盗不止，那么礼制也就是带来混乱的根源了。《庄子》曰：“……待钩绳规矩而正者，是削其性也。待绳约胶漆而固者，是侵其德也。屈折礼乐……以慰天下之心者，此失其常然也。”[405]《老子》更是直接地说：“夫礼者，忠信之薄而乱之首。”[406]后人也有鹦鹉学舌的：“修礼乐，则德迁而为伪矣。及伪之生也，饰智以惊愚，设诈以巧上。”[407]《庄子》还推出了一个历史例证：从远古开始黄帝就已用仁义礼制来刺激人心了，接着尧舜也是这样，可是尧舜两人无论怎样劳累，天下还是有人无法改变，这是仁义礼制的失败。[408]

为什么讲究“礼”就会导致混乱？其中的缘由《庄子》和《老子》没有明说，我想，和“为大盗准备精神食粮”是差不多的。

既然仁义教化不会使人向善，相反却易使盗“日益精练”，而且“礼制”一类的社会规矩也是天天误导人的本性，使人日增邪念，所以就应

抛弃仁义教化，抛弃礼制，让所有事情顺从天性，顺其自然。像《老子》说的，“不尚贤，使民不争”[409]。

“礼制”是一类大体上属于自然而然的社会规矩，与国家法律不同，基本不是人为硬性规定出来的。但是那规矩也的确需要人为地培植。如果没有仁义教化的协助，没有他人日夜勤劳的鼓吹说教，“礼制”也许就会崩溃。就像《论语》所说：“君子三年不为礼，礼必坏；三年不为乐，乐必崩。”[410] 如果“礼制”终有人为的因素，那么它也就不是彻头彻尾的自然规矩，顺“其”也就不是顺其自然了。

现在我们还是提个类似上一小节提到的问题：顺其自然是否可以避开“礼制”，就像避开国家法律一样?

我们依然用“小孩子管教”的例子来说明这里的问题。小孩子生出来后，父母不去管他，不去教育，凡事都是顺“他”自然也即“天天放羊”。“天天放羊”，小孩子自然没有“父父子子、兄弟姐妹”之间的礼节概念。没有这样的概念，小孩子也就没有什么亲情的感觉可言。不懂礼节，不知亲情，小孩子也就不懂得善以待人。日子长了，不仅社会上，就是家里面对他都只能是“另眼相待”，直至不予理睬。再过些时日小孩子长大了，终归会明白礼节的重要性，因为它连接着一个人的生存环境，他会自觉自愿地讲究礼节，而且会不遗余力地教化自己的后代。

其实，人人都是从小孩子过来的，都有小孩子的经历。这样，从社会角度来看“礼制”的问题将会发现，人人都可能像小孩子那样，从不明白到明白，从不知礼节的重要到理解礼节的“生死攸关”。进一步的结果是，人人都将慢慢地心甘情愿强调礼节、讲究礼制，于是礼制自然而然就会“生根发芽”“开花结果”。说到这里可以看出，完全避开“礼制”的可能性是微小的。越是顺从自然就越可能产生“礼制”，就像上小节提到的产生国家法律一样。

这番推论和前面《庄子》对仁义教化的解构推论，在逻辑的层面上应该不存在谁优谁劣的问题。《庄子》可以说，为了顺其自然，就须抛弃“礼制”；但别人可以说，为了顺其自然，只有培育“礼制”甚至使其生生不息。

051　无礼无法的境界

喜欢“无为而治”，便会不停地诋毁国家法律，也会以讥讽“礼制”为能事。对这点，我们在上面两小节已经看得十分清楚。

国家法律和“礼制”，大致体现了一种“理性”的干预欲望。这类“理性”，相信社会群体分为了“高理解”和“低理解”两类，相信前者理所当然应该引导后者。如果说得对比强烈一些，就是前者站得高看得远、鸿鹄志向，后者则是鼠目寸光。可是，信奉“无为而治”的理论说，这类理性总是自以为是，强行“入世”，实际上它时常显得力不从心而且“呆滞”可笑，就算它不会引来大盗，不会诱发人的邪念，人们也会看到它是寸步难行的。《淮南子》讲：“或明礼义推道体而不行，或解构妄言而反当。”[411]

《淮南子》给出了一个传说作为例子，来表明这是如何体现的。孔子一次出外郊游，他的马因为没有被看住，跑到田野里吃了农夫的庄稼，农夫看见非常生气，便把马捉住拴了起来。孔子有些为难。这时，孔子的学生子贡立即上前说情，跟农夫说了许多“仁义礼制”的道理，而且好话说尽，然而农夫似乎就是不给面子，就是攥住马匹不放。孔子琢磨了一下，好像悟出点什么道理，便对子贡说：“这马要不回来，还是你没能耐，我想马夫是有办法对付农夫的。”接着，马夫走上前去，什么“大道理”都不讲而只对农夫说：“你从东边耕地一直耕到西边，我的马随后跑到东边的地里，怎能不吃你的庄稼？”农夫听后一愣，跟着马上高兴起来，没有意见地把马还给了孔子。[412]

“说若此其无方也而反行，事有所至而巧不若拙。”[413] 这是《淮南子》的一段评论。

将这个传说的意义放到社会中，便可以知道，在社会上有许多像农夫那样的人，对他们宣扬“高理解”的“理性”只会收效甚微，甚至招至鄙视。就算许多人像农夫那样“低理解”、无理性，他们也有自己的思维理路和生活秩序。这些思维理路和生活秩序，是最为贴近自然本身的。不要以为它们愚昧落后、不可理喻，实际上生活其中的人们才是无忧无虑、井然有序的，那种无忧无虑和井然有序，也是另一类的自成一套的“理性活法”。这套“活法”，也许可以真正使人摆脱尘世的烦恼或忧虑，具有某种“大智慧”。以这种眼光看去，如果想与之对话或者交流，就应像马夫一样用同样拙朴的言语，而不应用自认为高人一等的所谓“高理解”来破坏人家的自然生活。

当然，在农夫攥马不放的例子里，马夫的话倒也未必真是一种《淮南子》所说的“玩话”。应该说，马夫兴许另有意思，这就是：我懂得马一类动物的习性，动物走到哪里就会吃到哪里，而你庄稼人天天种地，时常看见动物，当然就该知道如何防备牲畜“侵犯”自家的耕地，庄稼人没有做点防备的事情，这也就不能完全怪罪于我家主人孔子的马了。马夫不会讲仁义礼制，也不会讲出国家法律的思想，但是讲的那句拙朴的“玩话”，恰是准确地传递了农夫可以真正理解的“规矩”信息。其实，农夫正是有了一种对“自然规矩”的“理解”，所以才会欣然将马放回。“自然规矩”，是农夫和马夫所处的所谓“低理解”的社群之中的生存调节之器，它联结着农夫和马夫的生存利益。破坏了它，不认真对待它，无论对谁来说都是没有好处的。“低理解”的社群有时最知这一点。

按照这样一个思路看问题，可以想象，国家法律或者仁义礼制就像子贡的“说教”，你站在“高理解”的“理性”上去说“如果失败了这是因

为对牛弹琴”，有人则会告诉你：失败了，那是因为“牛头不对马嘴”。

所以，要想治理社会，就要理解社会的本来“面目”，理解社会的本来“面目”，就要理解社会的“乡土规矩”。而提到“乡土规矩”，我们也就来到了自然而然、顺其自然的态度方法面前。国家法律和仁义礼制，我们只好“束之高阁”。

现在，我对这个思路提出这样一个问题：农夫和马夫之间是不是任何时候都可以像说“玩话”交流那样，顺利地解决纠纷？如果有时不行，他们将会以何种方式来解决纠纷？这些问题的答案，肯定比较复杂。

可以想象，并不是在任何时候他们都可以这样解决纠纷。有时，马夫像子贡一样对农夫是无可奈何的，因为，农夫可能就是坚持一个想法：必须赔偿庄稼的损失，否则这马只能杀了，或者抵作损失赔偿。这样，双方就会僵持下去，到了最后，或者孔子拉着子贡和马夫赶紧离去，或者双方大打出手，硬夺马匹。而没有孔子和子贡站在旁边，马夫和农夫到了这时可能更为容易大打出手。这也许就是为什么我们有时会看到，“低理解”的社群容易发生“刀戈相见”的缘故。

如果马夫随孔子走了，当然也就没有进一步的问题可以探讨。可是，如果马夫和农夫之间发生了“刀戈相见”，怎么办？这时有两条接下来的思路：第一个是，让他们争斗下去，“弱肉强食”，谁有能力谁就征服另一个；第二个是，找个第三人来做裁决，第三人要么“和稀泥”调解，要么讲个道理说明谁对谁错，然后将马做个公道处置。显然，第二个思路是不错的，因为，这可以避免死亡。但是，第二个思路由于提出了一个“第三者”，意味着要么来个“和稀泥”式的调解，要么来个“公道处理”式的判决，故而便容易走向建立“礼制”或者国家法律的思路。强调“无礼无法境界”的理论，当然对其敬而远之。如此，就剩下了第一个思路：谁有能力谁就征服另一个。赞同“无礼无法”的

设想，自然无法排斥这样的结果，这是因为那种设想“往往容易走向极端的放任主义”[414]。当然，它也会这样认为：虽说谁有能力谁就征服另一个，但是，人和纯粹的动物毕竟有些不同，总会算计得失，算计得失的结果，就是认识到弱肉强食下去，自己终有一日会被他人灭亡，因而时间长了，人便会逐渐地避免弱肉强食。

这里可以看出，“让他们继续弱肉强食”这条思路，等于是容忍可以发生死亡事件。这条思路似乎在说：死亡是个代价，有了这个代价，农夫和马夫那样的人就会知道“弱肉强食”没有什么好处，因而慢慢就会遵守自然规矩。不过，我们知道，社会是由一代人接着一代人传下去的，依照那个思路，一个人，比如那个农夫或者马夫，一生只有亲身看见或经历了“死”的事件，才可知道用武力解决问题实在得不偿失。他们去世了，后一代人又要经历同样的感受才能认识到这个代价。所以，从社会的角度来看，随着新一代人的不断“产出”，武力事件就有可能不断地发生。这就意味着可能不断发生死亡事件。如果总是死亡，那么我们是否可以接受这样一个可能的结果?

到了这里，我们就会想到，在农夫和马夫可能动用武力之前，便用仁义教化的方式，或用国家法律警告的方式，劝诫他们不要动用武力，兴许才是明智之举。因为，我们毕竟不太希望总是看见“死亡代价”。

另外，还有一个问题也应说一下。前面提到了农夫可能就是坚持一个想法，即必须赔偿庄稼损失。这种情形，在一种条件下大多是不可避免的，这便是财富资源有限。这是什么意思?这是说，如果农夫田地的庄稼多得数不胜数，或者农夫本身十分富裕，那么，马吃些庄稼也就不足挂齿了，农夫也不会坚持必须赔偿庄稼损失，倒是可能看在孔子的面子上，让马多吃些。但是，农夫所以成为农夫，往往因为田地庄稼“资源”是有限的，自己在生活中也是含辛茹苦、度日如年，

如此当然更为可能坚持要孔子赔偿损失。其实，中国农夫时常是“民众而货财寡，事力而供养薄，故民争”[415]；“生而有欲，欲而不得则不能无求，求而无度量分界则不能不争……”[416]这就难怪梁启超有这样的评论：主张顺其自然的那类“无治主义，以人民不争不乱为前提……从经济上观察……不争不乱万万办不到”[417]，对此“若不能反驳，那么，无治主义算是受了致命伤了”[418]。

概括来说，即使中国看上去地大物博、幅员辽阔，它的财富资源依然是有限的。这样，别说农夫和马夫，就是农夫与农夫之间，有时都会出现激烈争夺。前面农夫恰巧听了马夫的“玩话”，将马还了过去，是个例外的例外。

《老子》说：“和大怨，必有余怨，安可以为善？是以圣人执左契而不责于人。有德司契，无德司彻。”[419]老子以为，如果是圣人，即使拿着明文借据，也不会强逼债务人还债。德性好的人，会握紧借据；德性差的人，则会急迫追债。《老子》这话好像既有开导的味道，也有劝说的味道，仿佛告诉别人，与世无争才是最佳选择。

可是，在农夫或者马夫之间，到底有多少个人可以大方到像圣人那样？你说圣人才会无烦恼，无忧虑，所以把一切债权全部抛去就会像圣人一样活得自由自在，然而，农夫和马夫还是会把算盘放在你的面前，和你究个一清二楚。生活，是实实在在的。

到了这步，我们是不是还要扔掉“仁义礼制”或者国家法律？

小结

“顺其自然”或者“无为而治”的想法，在中国法律思想中，是个颇为独特的理论。这一理论对国家法律的态度非常冷淡，甚至认为其惹

是生非。可是，这样的理论不仅释放了容易被人压抑、忽视的另一方面，使人们看到国家法律并非是个纯粹的公正平直的东西，它有时还会使人误入歧途。用人们熟知的词来说，它有利有弊。看法律，应该两方面去看。这也叫作“全方位审视”。

但是，国家法律再有问题，我们人类恐怕也难以将其抛弃。这就有如《慎子》所说：“法虽不善，犹愈于无法。”[420]而且，按照“顺其自然”的思路，我们倒是反而容易推出这样的结论：国家法律的产生，如同万物生长，是自然而然的。如果的确是这样，那么根本问题便是摆正国家法律的地位。对于“礼制”一类的社会习俗规矩，似乎也应这样看待。

第五章　国家法律的天下

前面我们主要讨论了法律在统治方式中的地位。中国法律思想的理论不论“道统正宗”的，还是旁门左道甚至“邪门歪道”的，都喜欢首先从工具的角度谈论这个问题。对于法律，我们已经说过，应该做些宽泛甚至潇洒的解释，最好将它看作包含了“礼制”之类社会其他习俗规矩，不仅仅是国家法律。因为，中国的语境是独特的，“礼刑既杂，政法归一”[421]，而且人们对“法”字的使用也是多变的，“家法”“宗法”“族法”“习惯法”……无一不是时常出现在人们的言谈话语之中。坚持给“法律”一词定个内涵，说它只是国家法律的别名，是种过时的本质主义了。“法律”一词，像其他各个字词一样，有个语境的问题，在不同地方总会有个不同的意思。对它“宽宏大量”一些，便可看到更多的“语词用法”，以及语词用法背后的观念企图，从而观察到更加丰富多彩的众多中国人心目中的“中国法律”的现实。[422]这样讲来，大致可划入法律家族的各类规矩，只要被中国法律思想谈论了，那么自然首先就都被赋予了“工具”的涵义。

不过，既然是一种“工具”，也就有个“目的”问题。工具总是拿来为远方的一个东西“服务”的。有了这个前提，就该看看中国法律思想各类理论心目中的“远方的东西”。

052　法家的追思

前面第051小节，讲到了农夫和马夫的德性。通常来说，农夫和马夫是学不了圣人的，一来他们的“觉悟程度”总是不高，品性爱财，二来资源也是有限的，有人先占了，有人就无法获得。所以，农夫和马

夫都更为可能搬出算盘，凡事和人斤斤计较。主要是出于这个原因，前面第020小节提到法家的法律思想，特别强调了国家法律的赏罚意义。

法家思想容易给人这样一个印象：将人当动物对待，听话了喂给食物，“调皮”了抽打一顿，对人似乎没有人道主义的意思。这样看法家，可能有些冤枉其的地方。其实，中国古代法家的最终目的，一方面是前面第020小节提到的“以刑去刑”，另一方面则是希望江山社稷稳定、国富兵强，从而人人可以生活富裕。《商君书》说：“刑生力，力生强，强生威。”[423]《韩非子》也说：“……知有罪之必诛，而私奸者众也，故民莫犯，其刑无所加。是以国治而兵强，地广而主尊。”[424]

《吕氏春秋》说过一个隐喻：“群狗相与居，皆静无争，投以炙鸡，则相与争矣，或折其骨，或绝其筋，争术存也。”[425]对这个隐喻，《晏子春秋》也类似地描述了一番：“……蓄狗也，多者十有余，寡者五六，然不相害伤。今束鸡豚妄投之，其折骨决皮，可立得也。”[426]从这个隐喻看去，法家的思考又是在于解决如何叫狗不会再去为鸡厮打，如何实现将鸡扔过去时，狗只会自觉待在那里，依然不被烧鸡之类的诱惑搅乱意志。换句话说，有时自然资源的有限，是个根本无法解决的问题，就算所有人都勤奋、辛劳，也不一定可以生产出取之不尽用之不竭的衣食财富。所以，要想法儿使除了君王之外的人都能在条件艰苦之时，依然精神振奋、整齐划一。如此说，“饿不苟食，死不苟生，此乃有法之常也”[427]。这里的“法”指的就是严刑峻法。当然，法家好像没有直接将狗争鸡比作人的互不相让。可是，他们的意思点到了。

虽说法家企图多多，但是，在此我们倒是最为关心从法律思想的角度来看，法家希望得到一个什么样的“法律世界”。说到这个，我们

权且用两个字概括一下：极权。

有西方人说：

法家法律观的形成，不是基于“人权”的考虑，而是这样一种认识：为了有效地控制在其管辖之下日益增多的民众，法律是一种重要的手段。在思想方面和使用手段方面，法家是一群真正的极权主义者，对于民众，总是考虑如何从整体上加以控制。[428]

另有中国学者说，“古代法家是赤裸裸的极端专制主义的鼓吹者和执行者”[429]，“当时的法家……要想在封建等级制上实行中央集权，其结果也必然只能集权于君主，而以专制为归宿”[430]。这些说法，肯定没有委曲法家。相反，法家也许会毫不羞涩地宣称：我们正是这么回事。说到“极权”，谁都会知道那是什么意思。可是在法律思想中去说“极权”，和政治学就有些分别了。在政治学中，极权有时可说“无法+专制”，在法律思想中倒是“可以专制”但不能“无法”。前面第002小节提到过国家法律和官府的关系，我们把这叫作中国法律思想的一个隐喻。其实，在中国法律思想中，将国家法律和官府联系在一起，便隐含了一个深层意思：国家法律是通过官府中介来“通天”的，通向了最高统治者“天子”。用今天法律学子特别熟悉的话来说，法律最终体现了最高统治者的意志。

这个概念极为关键。我用个粗浅例子，来说明其中的重要性。

假设现在有十个人准备一起过日子。这十个人各有所好，意见不一，有人喜欢酱油有人喜欢醋，而且时常因为嗜好不同发生矛盾。要解决问题，有三个方法：其一是一人说了算，其二是多人说了算，其三是“顺其自然”。前面已经看出，“顺其自然”不太现实，我们暂且把它放在一边不予理睬。第一个方法有时被人叫作“专制”，有时叫作“独裁”。在这种方法中，可以有法律，也可以没有法律。当有法律的时

候，法律是什么内容就由一人定乾坤了。这个“专制领导者”可以自己拿张纸来，依照自己的意志或兴趣，将法律条文一一写下，叫另外九个人凡事照此办理。第二个方法通常有个好听的名字——“民主”。在这个方法中，法律是个最为常见的治理手段。十个人首先坐在一起，讨论彼此的需要，该妥协的妥协，该少数服从多数的便少数服从多数，最后大家投票通过一个文字规矩，法律于是产生了。这时的法律可说代表了大多数人的意愿。

法家所说的法律，也就是第一种方法里的法律。这种法律往往体现了“专制领导者”的意志。当然，在另外九个人中，领导者可以挑选出一至二人来做自己的“官吏”，执行自己的法律，可无论如何都是自己最后做出决定。在法家的思想中，几乎没有第二种方法里的法律这个概念。法家总会反问：为什么法律要让众人来决定？为什么一人要服从九个人？言外之意是说，一人服从九人一定会出现混乱，因为，人人都十分性恶。[431] 在第二种方法里的“法律世界”中，自然也有“领导者”和“官吏”一类角色的出现，但是，这些角色都是规规矩矩地执行“多数人的法律”，绝不越雷池一步，他们和第一种方法里的同类人物似乎差别很大。说到这里，如果我们记得“权力”和“权利”这两个词的话，就会发觉，在法家的法律观念里面，只有“权力”而没有“权利”的概念。“权力”，往往隐喻着“领导者”或者“官吏”如何自上而下地管束平民百姓。而“权利”，倒是时常隐喻着底层平民如何可以自下而上地抵抗那类管束。在第二种方法里，两个概念都是存在的，而且后一个要比头一个显得更有“气派”，因为，多数人如果兴致上来了就能将“领导者”和“官吏”全部罢免。法家最为喜欢“管束”，绝对不容底层“犯上作乱”。

现在，再用“主人”和“仆人”这两个词来看这里的问题。在第一种方法里，法律的“主人”是一人，法律的仆人是九人，而在第二种方法

里，法律的“主人”倒是多数，法律的仆人就是第一种方法里的“主人”，也就是我们听说过的“公仆”。

法家的法律“极权”的关键，至此可见一斑了。说其关键，在于它向我们提出了这样一些问题：你们（大多数人）到底想做法律的“主人”，还是想做法律的“仆人”？到底更多喜欢面对“权力”，还是更多喜欢把握“权利”？

053 “以”法与“依”法治国

“以法”与“依法”这两种说法，有时是一样的，有时不一样。“以”字有时是指“用”的意思，“依”字有时是指“按照”的意思。在前一小节讲的“专制方法”里，说“以法治国”是再合适不过了。而在“民主方法”里，讲“依法治国”可能较为恰当。法家在更多的时候喜欢“以法治国”[432]。因为，他们的意识里几乎只有“权力”“法律的专制主人”之类的语汇。

说起来，在中国法律思想的相当一些理论中，“以法治国”几乎成了一个潜流的话语意识形态，倒不仅仅是春秋战国时期的法家对其情有独钟。汉代王符在他那本《潜夫论》里就讲：“夫法令者，君之所以用其国也，君出令而不从，是与无君等。”[433]王符还说：“夫法令者，人君之衔辔棰策也；而民者，君之舆马也。若使人臣废君法禁而施己政令，则是夺君之辔策，而己独御之也。”[434]王符的这些言词，和法家韩非的言词如出一辙：“法令，所以为治也……刑罚，所以擅威也。”[435]

讲“以法治国”，那是因为相信法律体现了君王的意志。君之所好，也就是法律之本了。毕竟“生法者，君也”[436]。正是由于这类“以

法治国”的话语力量太过强大，中国法律思想居然曾经出现了“妙不可言”的“杜周现象”。

杜周是汉武帝时期的一个廷尉，也就是今天人们说的首席大法官。此人做官特别严厉，被称为“酷吏”。司马迁写《史记》，专门写了一下这个人物，篇名叫《杜周》。原来，杜周有一个嗜好，就是尤为喜欢改变一下法律的意思。当然，他改变法律的意思倒不是自己随心所欲，而是处处为君王着想，只要君王觉得什么合适，杜周就把法律解释成什么样子。那个时候，有人就像今天的许多“法治卫道士”一样，对杜周十分鄙夷，说：“怎能这样阿谀奉承！法律既然已经定下，就应照着法律的意思去做。”但是，杜周特别聪明而又极善辞令，听到这话后，反问那帮“卫道士”：“前主所是著为律，后主所是疏为令，当时为是，何古之法乎？”[437]那帮鄙夷者听了这番话，没有任何反驳的说辞，因为，仔细思索发现杜周说得颇为有道理。

讲来，只要认为法律体现了君王的意志，而且认为应该如此，那么，就不能说杜周有什么不对的地方。君王的想法有时会变，如果变了，君王自然要求改变法律，所以，杜周只是先行一步罢了。这里最重要的是，君王发现了杜周依照自己的意思改变法律，肯定不会有什么不悦，而且真是到了修改法律的时候，君王兴许就是特别看重杜周的说法。

现在，我把这里的“杜周现象”提炼一下：“以法治国”的观念来自“法律乃君王意志”一说，可是，坚持这样一说，反过来可能不会实现“以法治国”，而是“以君王意思治国”了，结果是法律没有了地位。这是一个“妙不可言”的自我解构：“以法治国”解构掉了“以法治国”。问题出在哪里？我想，至少出在“法律应是君王意志的体现”的观念。杜周正是僵化地强调了这一点。应该注意，顺此问题思路深入下去，

会有许多东西可以继续追问，并且会得出许多与上述观念截然相反的法律言论说法。笔者点出感觉。其余，就请读者自己“费心”了。

当然，也许因为隐约发觉会有“杜周现象”，中国法律思想相当一批理论认为，君王造法后，也应“一言既出，驷马难追”。换句话说，君王应像其他臣民一样，也要对自己的法律毕恭毕敬，不得越轨。

《管子》讲：“故君求之则臣得之，君嗜之则臣食之，君好之则臣服之，君恶之则臣匿之。毋蔽汝恶，毋异汝度……”[438]《韩非子》也点明了这等意思的重要，说：“故明主使法择人，不自举也；使法量功，不自度也。”[439]另有人认为：“法也者，众之所同也……事出乎不可同，此为先王之所舍也。”[440]晋代葛洪又是明说：“善为政者……不曲法以行意。”[441]

有些理论甚至特别鼓吹了君王的“自残”，来表明君王守法的策略意义。《淮南子》提到过一个例子，说有一次越王勾践断案，居然大错特错，冤枉了无辜。为了使上下心服口服，勾践拿出了龙渊宝剑，朝自己的大腿照直刺了下去，以致鲜血喷流，并说这是“依法惩办”。后来手下们每当想起这等情形，没有不奋勇杀敌的。[442]

讲究最高统治者自己“驷马难追”，无疑是担心破了规矩，别人也就会有借口不服从法律，而且无法取信于臣民。所以，中国法律思想的一些理论鼓吹君王守法，目的是希望君王不要因小失大。转来转去，目的还是为了君王的最高统治。不过，此时再说法律体现最高统治者的意志，似乎就不太舒服了。这又叫作顾此失彼、捉襟见肘，也是赞同法家理论的法律学说始料不及的。

054　“抓阄、抽签”·“依法治国”

虽说君王守法是个策略，可是，守法无形中也束缚了君王的手脚，这又是一个事实。就算君王可以号令天下、随心所欲，但只要有了法律，君王到底还是需要拿出说得过去的理由，去绕过法律这个绊脚石，除非豁出去了什么也不在乎。说到这里，我们可以发觉，法律制定出来后还是有些自己的尊严可说的。中国法律思想的个别理论，恰是含有这个意思。

《慎子》讲，远古的族人就有习惯用抓阄的方式分财物，用抽签的方式分马匹。为什么会这样？因为族人觉得，这类分法是靠运气，故而特别公平，得到财物马匹的人不会感激别人，没有得到的人也不会怨恨别人。无论是谁，都信这是命。久而久之，他们就将抓阄和抽签的方法当作一种“标准”，凡事不太好办或者有了争议，就用这等方法加以解决。[443]《慎子》说，这类方法正可以解决一些“平直”的问题，反正大家都会心服口服，如同愿赌服输一样。[444]而且重要的是，谁都明白，那些方法不是因为可以胜过人的智慧，故而可用，而是因为它们可以去掉私欲、堵塞怨恨，“而以心裁轻重，则同功殊赏，同罪殊罚矣，怨之所由生也”[445]。

由此，《慎子》有个推论：

故蓍龟，所以立公识也。权衡，所以立公正也。书契，所以立公信也。度量，所以立公审也。法制礼籍，所以立公义也。[446]

《慎子》的这套说法似乎是在暗喻，法律就像抓阄抽签那样可以造就一个“公正平直”或者“以公去私”的世界。依照这个意思理解下去，君王制定了法律，只要自己“驷马难追”，那么大家都可以在行动上整齐划一。既然是整齐划一了，也就可以看到法律公正平直的本色了。如此看来，像前一小节提到的《管子》《韩非子》，以及晋代葛洪的言论之类的，说君王也要好自为之，不可随意破了规矩，也就等于暗中肯定了法律自己的尊严。

那么这个尊严有些什么内容?

第一，它有明确性。如同前面第018小节提到的，法律制定出来后大家都看得清楚，谁都知道白纸黑字说了什么意思。第二，它有可预测性。如果有人想做一件事，不知国家君王愿意不愿意，就可以拿出法律翻一翻，翻后就会知道自己做了结果会是怎样的。“明确性”和“可预测性”正意味着一种公平，因为它们起码可使行为规矩事先清晰起来，做到了“知者为罪”“不知者不为罪”。法律具有尊严的地方正包括这两点。在此，我们应该注意，法律的公平并不一定非指法律的实质内容，比如人人都可以结婚离婚、生儿育女，人人都有读书识字的权利。它有时也指“形式外表”。这意思是说如果法律本身制定得不清不楚，内容时常导致“公说公的、婆说婆的”，或者早上制定的时候只有几条而到了晚上就变成了几十条甚至上百条，叫人无所适从，那么法律也就不可能做到“知者为罪”“不知者不为罪”。我们讲法律的尊严，在中国法律思想的语境中主要是讲这个“形式外表”的问题。

笔者提到这些是想进一步说明下面的意思：只要主张君王也应该自觉一些，不得随意破坏了法律规矩，那么，也就保证了法律具有明确性和可预测性。有了这两性也就可能出现法律没有体现君王意志的时候，因为作为人，君王时常会有新的想法，可是有新的想法又不能随意改变法律，法律再执行下去就不是执行君王的意志了。如此，就像《慎子》所设想的那样，法律倒成了一种“公共”的东西。到了这一步，“以法治国”似乎有点“依法治国”的意思了。

055　靠人与靠法·“法律机器”

在中国古时的法律思想中，主张君王也要循规蹈矩的说法可谓是数不胜数。在前一小节，我们已经看到这种说法可以导致一种有趣的

结果——法律成为“公共”的东西。这个结果十分重要，顺此可以进入一些更为有趣的思路。

不过，现在我们还是继续讨论“法律的天下”。

从法律思想的角度来说，法家理论的关键之一在于主张“靠法”而不“靠人”，或者说主张“人”是靠不住的。这自然是“人性恶”观念的一个必然结论。[447] 此处的“人”，主要是说官吏。谁都知道要想管理好社会，没有一批官吏当然是不可想象的，毕竟君王一人精力有限。由于这一点，法家做梦都在思考一个问题：如何通过官吏去管理官吏和底层民众。他们想来想去结论就是“靠法”，“以法为教，以吏为师”[448]，官吏最多当个法律的传声筒即可。毕竟，“法”有许多优点，一来明确，二来可以预知，三来具有普遍性，四来还可以不像人那样有个“感情”问题。而“人”可就漂浮不定了。而且那“人”还有私心杂念。这就如同《韩非子》说的，“释法而任慧者，则受事者安得其务？务不与事相得，则法安得无失，而刑安得无烦”[449]？也如同西方古希腊亚里士多德所说：

凡是不凭感情因素治事的统治者总比感情用事的人们较为优良。法律恰正是全没有感情的；人类的本性（灵魂）便谁都难免有感情……[450]

要使事物合乎正义（公平），须有毫无偏私的权衡，法律恰正是这样一个中道的权衡。[451]

当然，在中国古代法家的观念中法律不过是个工具。法家倒没像亚里士多德那样把法律想象得如何“正义”或者“神圣”。既然法律不过是个工具，官吏也不过是些传声筒，如此，在法家勾画的法律世界中官吏也就是一个个被死死钉在“法律机器”上的螺丝钉。如果这些“螺丝钉”生锈了（比如腐败渎职），就把它们卸下扔掉（比如杀掉或者送入

牢狱），根本不用修磨打油（比如教化）。而对君王来说，他是可以转动这个“法律机器”的，可以随意安装卸下“螺丝钉”，这样一个法律天下也就随之成为等级森严、铁板一块的“金字塔”，而君王这个最高统治者始终站在顶端。

法家理论有个习性——“皇上不急太监急”。这是说法家什么事都想替君王琢磨得细致周详，也即巴不得叫君王做事天衣无缝。可是越是这样似乎越是不能天衣无缝，越是不能让君王真正“无忧无虑”。我们说个历史上的例子来表明这点。

汉宣帝在自己当政的时候做过一件事，即任命四名大臣从事死刑复核。安排这类复核一方面是想避免错杀无辜，另一方面也是想“灵活灵活”，让某些人死里逃生，从而使其避免成为法律的“刀下之鬼”。这也可说是一种“赦免”。当然，四名大臣至少在形式上要将自己的意见上报，最后由君王一锤定音。讲来，有个地方官吏却是特别执着。他居然站在法家的立场上直接对汉宣帝讲：“您既然已经制定了法律，就应该依据法律一丝不苟，派出大臣做那等事，倒不如把法律定得清清楚楚；不论怎样，法律一旦明确就不应被随意操纵。”[452]

后面的事情我们就不得而知了。估计汉宣帝没有理睬那个小官的话。汉代有个史学家叫班固。他倒是对此阐发了一些议论。班固说，这个小吏看来是不大懂得立法的麻烦，要把法律制定得像模像样直至完美无缺，岂能是一代人两代人的事情？汉宣帝派四名大臣做一下“调济”工作，自然是不可避免的“临时补救”。[453]

其实，在前面第042小节我们详细讨论过法律解释的问题。在那里我们已经说过，法律无论怎样制定都是不能完美无缺的，最终总还是需要人来解释一番。如果是这样，法家即便是为君王着想也还是没有想得特别到位。绝对“靠法”而不“靠人”，让官吏彻底做个螺丝钉，有

时并不能够实现君王的心愿。不折不扣的无人的“法律世界”倒不一定为君王所喜欢。班固的话中暗含的意思兴许就在这里。

056　国家危险的原因：一半务农一半坐吃

“以法治国”的观念来自“法律是君王意志的体现”的观念。而讲究君王站在法律世界的顶端，自然会把大小官吏都当作螺丝钉看待。这些意思在法家那里都是相互联系的。而且，法律制定出来就算有时看着像些“鸡毛”，官吏也要拿着“鸡毛”当令箭。由此可以得出这样一个进一步的看法：谁都不得多嘴多舌，议论国家大事，或者对国家法律说三道四。

早在战国时期商鞅就提醒君王要注意，能说会道的知识分子对国家一定是有危险的。既然法律制定出来，该做什么不该做什么完全是不可争议的，人人都应像老农那样一丝不苟地耕田种地。否则，国家肯定会出现混乱。

《商君书》提道：“百人农，一人居者王；十人农，一人居者强；半农半居者危。”[454] 原来，春秋战国时期正是中国历史少有的“百家争鸣”的日子，各类学说竞相争夺话语霸权，商鞅十分反感任何学说。商鞅琢磨，这些异端邪说尽是鼓唇弄舌，无一可以在实践中富国强兵，相反倒是搞得人人躁动不安，如此个个“坐吃”下去必定国将不国。

商鞅的意思是百姓本来是“纯洁”的，大事不明白，小事不议论，生活上也是日夜勤劳。可是自从来了一群巧舌如簧的说客，说的那些东西好像有点道理，便不仅惹得一伙人自愿甘当“陪衬托手”，而且弄得百姓稀里糊涂。最为讨厌的是那些说客走到哪里说到哪里，日日穷极无聊，居然还能天天鸡鸭鱼肉地被人伺候甚至升官发财，如此，使

得一般百姓无心耕地做事，更无心发愤图强。“说者成伍，烦言饰词，而无实用。主好其辩，不求其实。说者得意，道路曲辩，辈辈成群。民见其可以取王公大人也，而皆学之。”[455]这样下去，对国家绝对是不妙的。

总而言之，有了国家法律就应抑制异端邪说，不准议论国是，一切都依照法律去做。

那么是不是所有的自由言论对国对民对法律都没有什么好处？法家的回答绝不含糊：当然！法家的“实用”观念十分强烈。他们觉得越是说得头头是道的理论在实践中越是可疑，越是允许人们自由辩论越是可能使人不知所措。《韩非子》举过一个例子，便是说明这个意思。例子说当初战国时期，宋国有个人特别能说会道，论辩起来所向无敌。这人最为熟悉“白马不是马”的道理，到了齐国，所有辩士莫不俯首称臣。可是就是这人骑着白马过关卡的时候照样被收税人按照一般马类的标准收了税——“乘白马而过关，则顾白马之赋。”[456]《韩非子》说，别看“白马非马”一说走到哪里都无人能敌，实践中什么马都是马，该交税时还要交税。[457]

提起“白马非马”，略知中国古代哲学的人自然知道它的由来。这“学问”来自战国时期的公孙龙。公孙龙十分聪明，非说白马不是马。为什么？公孙龙讲“马”字是个描述马形体的词，“白”字是个描述马颜色的词。“白马”一词既说形体又说颜色，当然和“马”字有个区别。如果有人要马，给他黄马、黑马都是没问题的，可是有人要白马，牵出黄马、黑马就没人要了。手里牵着黄马、黑马都可以说是牵着马，但不能说是牵着白马。所以“白马非马”。[458]从古到今人们都说“白马非马”一说不好反驳。这桩哲学公案至今没有彻底画上句号。究竟如何去看这一说，我们外行人不便插手，还是把它还给哲学家争论好了。在此笔者只想说明，《韩非子》肯定明白这里的思路，然而

它又机巧地告诉你就算你骑着白马巧说“白马非马”，这税还是免不了的。所以，君王“听言者，不以功用为目的，则说者多棘刺白马之说”[459]。

我们可以将《韩非子》的意思在今天的语境中再发挥一下。今人可以巧辩“白人非人”，而且可以用公孙龙的理由作为根据，这样，别人恐怕是很难与之辩驳的。可是用这个巧辩，到了西方人那里四处游说，结局将会怎样则是不难预料的。人家文雅，会客气地将你请出国门；人家粗鲁，便会一脚将你踢出国门。假如韩非当年知道“我大中华”之外还有异邦白色人，定会赞同这番分析。

《韩非子》还举过一个例子，意思是类似的，说的也是战国时期。有个人叫虞庆。虞庆没有盖过房子，可是自称对房屋建筑特别精通。有一次和屋匠争了起来，虞庆说：“屋匠，你肯定错了，房屋不能盖得太高，现在盖得太高，之后会变得更高，而且容易塌。”屋匠说：“这是新房子，泥巴是湿的，椽条没有干透，待它们都干了，房屋也就不显得高了，而且也不会变得更高。放心，不会塌的。”虞庆揶揄道：“说你不懂你就是不懂。想想看，湿泥巴重，没干透的椽条弯曲。用弯曲的椽木承受重的湿泥巴，房屋就该建低些。不然的话风吹日晒，时间久了泥巴就会变干，椽条也会变干。泥巴干了就会变轻，椽条干了就会伸直。直椽条承受轻泥巴，新房子就会增高，结果就会崩塌。”屋匠辩不赢，照着虞庆的意思去做了。谁知后来的情形竟然是：屋匠原来自己盖的房子没有出现问题，按虞庆的意思盖的房子倒塌了。[460]

在法家看来，骑白马者和虞庆是一类“坐吃”的人物。这类人物占到了国家人数的一半，江山的情况也就可想而知了。

当然，法家反对自由言论并不意味着连自己的一套说法都要抛弃。实际上法家的观念是种暗藏的“绝对真理论”。这意味着法家只认

为自己的一套才是天经地义的而且实用的，其他一概属于谬说或者无用。如果说了人性恶，说了人人只是爱财如命，说了国家法律才能发挥作用，使人向善，别人再说人性善，再说人人都有仁爱之心，再说国家法律并不一定特别有用，那么别人就是在向“真理”挑战了。法家确信自己的一套法律学说已经无可挑剔，所以必须抑制“异端邪说”。这也是秦朝“焚书坑儒”的一个由来。

但是这毕竟是有些独断了。即使信奉实用，即使虞庆不争气，说了一堆似是而非的没用之辞，让新房子真的塌了下去，那也不见得别的异样说法就一定是蛊惑人心、绝无用处。可以想象没有虞庆和屋匠争来争去，也会有其他屋匠和那个屋匠理论理论。盖房子是个实践事务，为了将房子盖好，盖得结实漂亮，怎能不出现行内的不同意见?持不同意见者争来争去并不一定有损房屋的建设。对于盖房子是如此，对于国家大事恐怕更是如此。

此外，我们看一段陈独秀这个现代人物的言词，看看是否还有更为要害的问题:

法律是为保守现在的文明，言论自由是为创造将来的文明；现在的文明现在的法律，也都是从前的言论自由，对于他同时的法律文明批评反抗创造出来的；言论自由是父母，法律文明是儿子，历代相传，好像祖孙父子一样；最奇怪的是旧言论自由造成了现在的法律文明，每每不喜欢想创造将来法律文明的新言论自由出来，好像一个儿子，他从前并不孝顺父母，到了他做父母的时候，他的儿子稍有点意思不和他一样，他便要办他儿子忤逆不孝的罪；认真严办起来，岂不要断绝后代！[461]

057　法律一元化的功能

废除虞庆那类“坐吃”，当然就是唯法家思想独尊。结果，国家便是彻头彻尾的一元化。《韩非子》说过一个比喻来讲其中的重要。它说如果不设立一个靶子，任何人射箭的时候乱射一气都可以随便射中一个什么东西，比如一片树叶，一堵墙壁，一块地皮，等等，但这根本不叫“会射箭”。立上一个正经的箭靶子，自然没有多少人可以一显身手了，因为那靶子总是难以射中，没点射箭的功夫当然就会箭箭虚发。[462] 所以只要没有标准，那无论做什么事都可以叫作“做正经事”，而有标准放在那里，就没有便宜的“做正经事”了。“有度难而无度易也。”[463] 这便是一元化的关键所在。

《慎子》另外提出了一个观念来说一元化的必要。它讲，有了君王还去再找“思想丰富”的贤人等于是让贤人和君王比个高低，直至有时叫君王没有脸面，因为君王有时没有贤人能说会道。而君王没有了脸面怎能对下对外发号施令？这等祸害要比没有君王还更严重。这样看来，就要把“思想丰富”的贤人晾在一旁，不许他们说三道四，必须要求百姓一律服从君王的“圣旨”，必须所有事情一断于国家法律。[464]

与《慎子》这个观念做个对照，可以发现《管子》更是特别喜欢“一元化”。《管子》说：

彼下有立其私议自贵，分争而退者，则令自此不行矣。故曰：私议立则主道卑矣，况夫倨傲易令，错仪画制，变易风俗，诡服殊说犹立？上不行君令，下不合于乡里，变更自为，易国之成俗者，命之曰不牧之民。不牧之民，绳之外也。绳之外诛。[465]

在这里应该注意，法家强调“法律一元化”有两个意思。第一个意思是说法律出来后人人都要照章办事，不得有例外。“法莫如一而固。”[466] 这个意思今人大体来说也是赞同的。这也是“法治”的一个含义。而第二个意思是说除了行为上要规规矩矩之外，言论上也要“一种

声音”传遍国家，不得出现什么“百家争鸣”。“明主之国，令者言最贵者也……言不二贵，法不两适。故言……不轨于法令者必禁。”[467]就第二个意思来说，法家十分希望国家里的每个人都说君王说过的话，而只有君王才说自己的话。对这个意思我们今人可就不敢恭维了。我们还是希望人人可以具有自己的想法，说些自己想说的话，看到不顺眼的东西也可以发表一下自己的意见，哪怕那意见是个牢骚，甚至是刺耳的批评也没什么了不起的。

说起来在法家那里，“一元化”的第一个意思是从侧面为后一个意思提供辅助，有时强调第一个意思也正是为了彻底实现第二个意思。法家坚信，“多元化”注定是国家衰败的开始，这就是“一则治，两则乱”[468]，“听群众人议以治国，国危无日矣”[469]。正像冯友兰总结的：“法家之学之目的，在于治世强国，故其对于思想统一之主张，系……从国家的立场立论。”[470]

这种“一元化”有没有问题?

在前一小节我们说过，有点不同的声音对国家兴许不是一件坏事。不同意见的交流对话于国于民可能是有益的。依照这种看法，绝对的“一元化”自然不太可取。现在看一个《韩非子》讲的故事，看看是否还有别的问题。

《韩非子》说，当年的齐国君王齐桓公有一段时期特别喜欢紫色的衣服，由于这个缘故全国上下也都跟着穿紫色的衣服。这样不要紧，“价格规律”倒是发生了作用，紫色布料的价格扶摇直上，使得“新生的”和“外来的”平民百姓反而买不起了。齐桓公挺着急的，对管仲说：“我喜欢穿紫色的衣服，全国百姓也跟着仿效，搞得紫色布料越来越贵，该如何？”管仲说：“这容易解决。如果有人进宫见驾时穿紫色的衣服，您就说紫色衣服的味道实在难闻，并叫他离您远点。不过几日也就没人再穿紫色衣服了。”齐桓公特别相信管仲的话，便这么做

了。果然第一天宫里很快就没人穿紫色的衣服了，第二天全国也看不见几个人身着紫色，到了第三天紫色衣服彻底绝迹了。“价格规律”又发生了作用，紫色布料的价格暴跌，拿布料送人都快没人理睬了。[471]

《韩非子》讲的这个故事有点夸张。其本意可能是想说明做君王的如何叫下官百姓“跟着自己走”，毕竟下官想讨好君王，而百姓也是不敢“自作主张”。想要一个东西的“价格”有点变动，就看君王怎样做了。君王必须要有这样的能力。

但是这个想法忽略了一个问题：为什么布料价格会有上下波动？这个价格的上下波动不正说明下官百姓关心自己的利益？既然是关心自己的利益，那么有人穿紫色衣服肯定不是出于“老老实实照君王的意思去做”的目的，而是为了避免“政治麻烦”。这样，全国上下“清一色”地换来换去，并不表明国家真是秩序井然，倒是其中暗含了“忍气吞声”“阿谀奉承”。有了这样一些暗中的“不老实”，国家则是终有一日会分崩离析。依此来说，倒不如让人们自己选择一下衣服的颜色，喜欢什么就穿什么。当价格有些不妙时，让人们出来讨论讨论该如何是好。大家都关心自己的利益，可大家也有共同利益，讨论讨论，谁都会慢慢知道怎样处理最好，都会明白就算牺牲掉了自己的一时私利，那也是从侧面保全了自己和大家的公利。换句话说，倒不如先多元化一下，然后经过对话再走到“一元化”，让人们在“商谈”的过程中实现一致性。这种方法至少不会使人暗中“不老实”。

058　法律的“内”和“外”·酒店的狗

法家鼓吹“一元化”不仅是自上而下针对底层一般人而言的，而且，也是针对君王背后的“垂帘听政”者而言的。这是讲，法家不希望

君王的前面有何“逆耳忠言”，也不希望君王的背后有个“暗中操纵”。就后一个想法来说，即便以今人的眼光看去都是有点意思的。

《韩非子》提过一个传说，里面就讲这个问题。

原来春秋战国的时候有个叫薄疑的人，备受卫国君王卫嗣君的器重。卫嗣君觉得薄疑是个将相之才，总想请他做自己的大臣。可是薄疑老是装着“自恃清高”，不给卫嗣君面子。卫嗣君心里有气，对薄疑说：“你小看我的国家，认为它不值得你做官，是不是？告诉你我有办法叫你做官。你想要什么就说吧！”薄疑却说：“您这就不对了。我不是不想为您效力，而是另有顾虑。您看我母亲爱我，认为我做什么官都是绰绰有余的，家里任何事情都依照我的意思来并且母亲会举双手赞成，但是，她老人家在和我商量过后却偏要再去问问一个姓蔡的巫婆，凡事都要由蔡巫婆最后做主。她居然说蔡巫婆‘德高望重’！我看着心里很烦。论亲疏关系我母亲和我可是再亲不过了，她又觉得我是‘天才’，就这样了她还事事去叫蔡巫婆做最后的决定。如此也就不要说别人了。大王您和我的关系，自然要比母子关系差一些。您背后也有‘蔡巫婆’一类的人物。要我给您做官，到了最后您岂不是更要听那些‘德高望重’的‘蔡巫婆’的意思？”

接着薄疑说了一段十分重要的话：“‘蔡巫婆’一类的人物肯定能够行使私权。我为大王您做事一定是依照法律办。前者是法律之外的人物，而我是法律之内的人物。法律之外和法律之内，对立，不能相容。”[472]

法家肯定赞赏薄疑的说法。薄疑的那番话意思是说，君王既然已经建立了法律的一元化，就不能在这之外再看背后“蔡巫婆”之类的脸色行事。对下对外不能客气，对可能“垂帘听政”的人物同样要“理直气壮”。任何事都要在法律之内来办，而且在法律的世界中只有一个中心——君王。

与这种想法相联系，法家对借君王之势狐假虎威的官臣也是深恶痛绝。《韩非子》说，曾经有一个卖酒的小店，不论什么都考虑得十分周全。第一，称酒的量具绝对公平准确；第二，酒酿得十分醇美；第三，酒旗悬挂得又高又显眼；最后，店主对酒客也是笑脸相迎笑脸相送。可是酒总是卖不出去，而且多日过后酒变得酸臭。店主不明就里，便问一名老酒客是何缘故。老酒客想了一下，说："你家酒店的狗太凶了。想想看那狗张牙舞爪地立在那里，谁见谁害怕，别人哪有心思胆量去喝酒？！我看见有人叫自己的小孩揣钱来买酒，钱还没递上孩子就被你的狗咬了。这就是酒卖不出去而且变酸变臭的缘故。"[473]

《韩非子》接着给出了一番议论："夫国亦有狗……大臣为猛狗迎而龁之，此人主之所以蔽胁……故人臣执柄而擅禁，明为己者必利，而不为己者必害，此亦猛狗也。"[474] 所以，狗"吏不诛则乱法"[475]。

概括来说，为了法律的统一和君王的尊严，必须将内里篡权外表张扬的贴身大臣一一杀掉。

059　明处·暗处

"蔡巫婆"一类的人物，酒店猛狗一类的臣子，都是要不得的。不过为了法律更为有效地运转于国家之中，君王还要懂得两样东西："术"和"势"。我们先讲头一个。

"术"就是指权术，指在政治斗争中用尽心机。头脑精明的君王要有办法使"蔡巫婆"和"猛狗"两类人物为自己鞍前马后。国家法律制定出来了，没人照着去做不行，有人违反了没人去罚也不行。找人照着去做或者代君王去执行法律首先要有一个条件，这便是身处关键位置的臣子信奉君王，愿为君王赴汤蹈火。这点应该是十分清楚的。可是怎样才能做到这点？靠"术"。用《韩非子》的话来说：

人主之大物，非法则术也。法者，编著之图籍，设之于官府，而布之于百姓者也。术者，藏之于胸中，以偶众端潜御群臣者也。故法莫如显，而术不欲见。是以明主言法，则境内卑贱莫不闻之也……用术，则亲爱近习莫之得闻也。[476]

此外，“君无术，则弊于上；臣无法，则乱于下。此不可一无，皆帝王之具也”[477]。这两样东西好比是食物和衣服。“人不食，十日则死；大寒之隆，不衣亦死。”[478]

对“术”，《慎子》也提到了类似的意思。它讲君臣之间有个原则，这便是臣子做事君王不做事，臣子辛劳而君王安逸。即便做臣子的天天起早摸黑、鞠躬尽瘁直至死而后已，为君者也要依然静心静坐。这样办了，群臣都会老老实实地依法做事。相反，君王特别勤快，凡事亲力亲为，甚至和臣子争着去“做工作”，那么臣子反而就会安逸起来，甚至终有一天臣子觉得君王这做得不好、那做得不对，开始对君王轻蔑起来。如此也就不会将君王的法律放在眼里了。这叫君臣不分。因此，臣子做事而君王不做事是君王应该知道的一种“术”。[479]正像《申子》所说：“明君如身，臣如手；君若号，臣如响；君设其本，臣操其末；君治其要，臣行其详；君操其柄，臣事其常。”[480]也像《吕氏春秋》所说：“明君者，非遍见万物也，明于人主之所执也。有术之主者，非一自行之也，知百官之要也。知百官之要，故事省而国治也。”[481]

还有另外一种“术”。那叫“藏于无事，示天下无为”[482]。不论何种所见所闻，君王都要面对而显得沉静自如。“去听无以闻则聪，去视无以见则明，去智无以知则公。”[483]君王要虚虚实实、真真假假，叫臣下不仅不敢犯上作乱而且想巴结君王都不知从何入手。这时的君王就能心明眼亮，稳坐钓鱼船。

说完这些“术”的内容，我们就可以明白东汉王符为什么会这样解说“术”：所谓术，精细、深奥、神明、变化、莫测，讲起来无法意尽，行起来却饶有余味。[484]难怪《韩非子》还讲：“为人主者，诚明于臣之所言，则虽……撞钟舞女，国犹且存也；不明臣之所言，虽节俭勤劳，布衣恶食，国犹自亡也……此何故也，不明乎所以任臣也。”[485]

《韩非子》还说过一个有趣的例子来说明“术”的妙用。它讲，当年战国时楚庄王上台后，三年之内一声不吭，一令不发。他身边有一个机灵的大臣，这大臣用隐语对楚庄王说：“南方有种鸟，三年不展翅膀而且不飞不叫，何鸟？”楚庄王巧对道：“何鸟我不知道，但是三年不展翅膀，自然是休养生息，不飞不叫是为了静心观察，而且‘虽无飞、飞必冲天；虽无鸣，鸣必惊人’[486]，这事我心里明白。”由于楚庄王琢磨着“不鸣则已，一鸣惊人”，举国上下谁也不知他到底有什么心思。又过了半年楚庄王突然亲自听政，像新官上任一样连烧数把“大火”，使国家果然蒸蒸日上。[487]《韩非子》说：“不早见示，故有大功。”[488]《韩非子》还更加从这里引申出了一个观念：只要在采用“法治”的同时掌握了“术”，即便是只有中等才能的君王也会万无一失。[489]

虽说“术”如此重要，可中国法律思想之中也有不以为然者。《荀子》就讲“权谋立而亡”，“与权谋倾覆之人为之则亡”，[490]“人君者……重法爱民而霸；好利多诈而危；权谋倾覆幽险而亡”[491]。此外，《荀子》还说：“上周密则下疑玄矣，上幽险则下渐诈矣……疑玄则难一，渐诈则难使……难一则不强，难使则不功，难知则不明，是乱之所有作也。”[492]

与《荀子》的说法类似，《庄子》也隐约地提到了“玩术”会引来的不妙结果。它提到一个故事。故事讲有一棵树长得奇形怪状、细枝

嫩杈，毫无良材之相，于是樵夫就没有砍伐它，把它留了下来。相反，其他挺拔参天、粗枝宽杈的树木，樵夫则全部砍伐了。另有一只鹅不会叫，只会天天低头吃食睡觉，于是被主人拿来杀了款待庄子师徒。其他会叫的鹅倒是安安稳稳，依然摇摆地晃荡于主人的院子之中。庄子的弟子问庄子，那棵树没什么用被保存下来了，这只鹅不会叫（也即没什么用）却被杀掉了，如此，我们做人应该怎么办？庄子说，明白人就该知道，做人就该做得既像有才又像无才，这样就万事大吉了。[493]这故事的隐喻可能有这样一个意思：自恃聪明的君王总会枪打出头鸟，或者出于警惕而对默默无声的“角落人”大开杀戒，但是底下人自有办法把自己装扮成似才非才，使君王无所适从。

对于上面有关“术”的一些不同理论，有人可能会问：既然国家法律制定出来了，什么事都已有了规定，不仅臣子百姓就是君王也要照着去做，如此还有什么“耍花招”的问题？不管君王脸色变还是不变，大家已经知道了法律的规定，这样了谁还去揣摩君王的心思？是不是《荀子》讲得有点在理？

这些是有意思而又重要的问题。

实际上讲“法”和讲“术”，应该是有点矛盾的。换句话说，讲究“法治”就不应该讲究“术治”。因为，既然法是明的、术是暗的，讲暗便等于否定了明，讲明便等于否定了暗。而用暗去衬托明，等于是用暗来遮住明。这些道理应该是清楚的。不过虽说有点矛盾，可是法家讲两者结合也是事出有因。《韩非子》讲：“无术以任人，无所任而不败。”[494]这里的“人”当然是指官吏。而法律的运行和官吏有着密切联系，没有像样的官吏，法治可说是难以想象的。[495]所以，在找人做官时就有“技术”问题了。法家有时考虑的正是这个问题。“闻有吏虽乱而有独善之民，不闻有乱民而有独治之吏，故明主治吏不治民。”有人兴许会继续追问：任命官吏也可以依据法律的明确规定，为什么必须

要靠“术”？在这里法家担心这样一个问题：依法选拔的官吏，其内心终究是难以琢磨的，而且选拔官吏的官吏也有一个“内心如何选拔他人”的问题。所以，还是不能离开“术”来对付他们。

至于《荀子》反对用“术”，那倒不是因为考虑“法术矛盾”这些道理的缘故，而是仅仅因为“术”的实际效果并不怎么理想，甚至时常带来适得其反的结果。君主越搞权术，底层百姓越是奸诈。这就如《老子》所说“法令兹彰，盗贼多有”似的。

当然，在今天的法律思想语境中，那“术”到底重要还是不重要已经不是一个问题了。现在，没有人再去鼓吹法治之中的“术”，毕竟大家不再将国家法律看作君王手里的统治之具。不过，从古人有关“术”的争论中我们可以发现一个值得深思的问题：法治和官吏的关系到底是怎样的？似乎古人都是明白的，即使有了国家法律，如何任用“官吏”这等人依然需要好生琢磨，无论怎样法治的成败总有他们的一份。在后面我们还要谈这个问题。

060　“腾云驾雾”·“权势”与“法”

讲完“术”了我们再讲“势”。这两个东西像“法”一样都是君王的工具。“势”大体来说就是“权势”。

关于这“势”，《慎子》有一番形象的描述。它说，飞蛇腾游于雾中，飞龙托乘在云里，这都有赖于雾云发挥作用。没有了雾没有了云，飞蛇飞龙也不过是条蚯蚓罢了，自然没有那等威风凛凛。[496]《慎子》接着说，我们肯定可以经常发现，一些很有才华的贤人总是给一些俗不可耐的庸人打下手，在政治中倒是庸人常常指使着贤人。因为庸人有“势”。就说圣人尧，当初作为平民百姓的时候没见有谁把他放在眼里，可是当上了帝王，人人都山呼万岁。这就是“势”在那里

衬托着。[497]“尧为匹夫，不能治三人。而桀为天子，能乱天下。吾以此知势位之足恃，而贤智之不足慕也。”[498]

这样讲“势”可能有些不易理解。不过，从古到今似乎极少有人把它彻底讲个明白，相反，几乎人人都说“势”就是“势”。对于在人事中《慎子》说的雾云到底是什么，谁也没有清晰地找出一个对应的东西。倒是慎子自己提过一个有点说明意思的话：“夫弩弱而矢高者，激于风也；身不肖而令行者，得助于众也。”[499]

现在，我用粗浅的事例将慎子的意思再讲得透彻一点。假设有一百个小孩，其中一个小孩想做“王”，他个子高、力气大而且能说，但是就是没人听他的。怎么办？他自己如果要降服另外九十九个小孩，叫他们服从自己，恐怕不容易，毕竟九十九个小孩人多势众。这时他可以采用这样一个方法：先征服或者说服九个比较厉害的小孩，让他们遵从自己。这九个小孩差不多可以以一当十。这样，如果九个小孩真是遵从他，任何事都听命于他，那么他就可以当上孩子王了。在这里面九个小孩就是慎子说的“雾”和“云”，也就是“势”了。我们说“一个人有势力”，有时指两个意思：其中一个是说他自己很有能力，征服别人易如反掌；另一个是说他有一群帮助自己的人，当然这群人是有能耐的人，比如可以凶狠地制伏另一些人。在政治学或者说法学里，自然是说后一种情形了，无论怎样，在一个国家里人多得数不胜数，所以，“有势力”一定是指有一群人帮助一个人或者另一些人。帮助人的那群人就是“势”。

对“势”有了这样一个理解，就可以发现，它对国家法律可是相当重要的。一个君王没有“势”怎能推行自己的法律？没有一批能文善武的臣子以及军队在那里协助，怎能让别人认真对待自己的法律？法家理论讲“势”有点这个意思。“势者，制法之利器。”[500]“抱法处势则治。”[501]

061　国家法律的强制性·“硬规矩”和“软规矩”

不过，“势”和“术”一样，在今天的中国法律思想里已经没人再去对其津津乐道了。可是，古人的说法依然像一种社会意识的潜流，不断地以新的面孔或者新的方式出现在今人的法律话语之中。比如，今人总是在说：国家法律的基本特征便在于强制力，没有强制力，国家法律也就无从谈起了。有书讲：

一种规范如果没有国家强制力的保证，如果违反了这种规范可以不受国家法律的制裁，那么这种规范就不是法律规范。法律规范总是有国家强制力保障的规范，即违犯了要受到国家制裁的规范。[502]

还有书讲：

法是由国家强制力保证实施的，尽管不同性质的法，保障其实施的国家强制力的性质、目的和范围不同……[503]

这些说法，实际上是用今天的语言来重复“势”的意思。当然，这类说法也和西方人的学说有着联系。因为西方人也早就说过：法律具有的一个基本特点就是强制的力量。[504]法律起码包含了一个意思，这就是假如有谁拒绝了法律的要求，那么法律制定者就可以予以制裁。[505]

我们再用一百个小孩的例子来说明一下这里的意思。

现在，那个孩子王决定制定规矩来“统治”另外九十九个小孩。但是，正像前面分析的，孩子王要想实现规矩统治就必须要依赖“势”，也即其中的九个小孩。这九个小孩对孩子王忠心耿耿，规矩制定出来了，其他九十个小孩都要遵守，有人不服从便会受到“当差”的九个小孩的惩罚。这类惩罚就是一种强制。其实，今人容易这样思考问题：

如果没有“当差”的九个小孩在旁边监督或说威胁着，那么，另外九十个小孩能否遵守规矩将是一个很大的疑问。正是因为有了这九个小孩，规矩才成其为规矩。九个小孩是“势”，也就是“强制”的象征。可以想象，如果九个小孩造反了或者躲在一边不管任何事，那么孩子王的规矩也就没有意义了。

这样思考问题，到了国家的语境中就会得出国家法律必须依赖强制力作为后盾的观念。所以，国家法律强制力的观念和古人的“势”的观念，自然有些亲缘关系。

认为国家法律的特征就在于强制，也就容易把国家法律看作一种“暴力”的符号：它依赖警察式的带刺刀的九个小孩。从古到今，国人看国家法律特别容易从这个角度去描绘一番。

但是，在前面第007小节，我们提到过“权利”的问题。在那里我们说过对于权利好像没有强制的问题。假如孩子王的规矩规定，任何小孩遭到别人欺负便可以状告，那么，在这种情况下九十个小孩中的一个小孩被人欺负了，由于别人劝阻而没有状告，或者自己干脆忍气吞声放弃了状告的权利，孩子王和“执法”的九个小孩应该怎么办？我们自然会说：由他去了，那是他的权利。显然，这里就没有了强制性的问题了。

另一方面，假如被欺负的小孩状告了，可是“执法”的九个小孩袖手旁观，那么也不存在强迫九个小孩去“执法”的问题。因为，十分简单，九个小孩有能力强迫别人，但没人可以强迫他们，单独一个孩子王又是没有这种力量的。就算孩子王有这种力量，可是如果孩子王也是袖手旁观，那么，就更不存在强迫孩子王的问题了。在九个小孩和孩子王手中，都有“权力”这个东西。而权力想运用就可以运用，不想运用，谁也不能从背后压着去运用。对权力而言是没有强制问题的。

还有一个问题。有时可能会出现这样的情形，也即九十个小孩之中的大多数，比如七十或者八十个以上的人数，都很自觉地听从“硬规矩”，那么就整个一百个小孩的世界来说硬规矩有没有一个“强制”的问题？好像很难这样说。我们可以发现，这时的“大多数”遵守硬规矩是因为有时不太清楚应该怎样做，比如大多数都乐意向九个小孩或者孩子王交纳“公共开支费”（有时我们叫作税），可是交多少？怎样交？交给谁？他们并不太清楚。这样，自然需要一个“规矩”的指引。当大多数不是出于被迫而是自觉的缘故才去了解、遵守硬规矩的时候，对一百个小孩的世界说“强制”合适一些，还是说“自愿”合适一些？

我这样分析问题是想表明，中国法律思想的相当一些理论鼓吹国家法律的强制性，是因为总是纠缠于“制裁”“惩罚”“义务”之类的语汇，总是纠缠于九十个小孩如何规规矩矩地承担义务，而没有或者不大注意另外九个小孩和孩子王自己的“权力”，以及（尤其是）九十个小孩自己的“权利”和他们的自愿精神。这样，也就往往忽视了“自愿”“奖赏”“权利”之类的语汇。其实在国家法律中，后面那些语汇和前面那些语汇是同样重要的。强调其中一些，得出一个“强制力”的观念，自然是一种“话语”策略的表现，而强调另外一些，得出一个“没有强制力”的观念，同样是一种“话语”策略的表现。因为，不论怎样，强调不同的语汇系列已是不自觉地表现了我们的价值嗜好。喜欢前一系列，也许是出于喜欢“大一统”的警察世界；而喜欢后一系列，也许是因为喜欢“小而全”的民治世界。

中国法律思想的一些理论，像古代法家的理论以及刚才提到的今人学说，无形中或者无意中特别抓住了“势”以及与“势”特别贴近的“强制力”。这样，使“法律的天下”到底成了没什么温情可言、没什么自下而上的自治意味可言的“监视世界”。这种世界强调了绝对的统一、说一不二的跟随和没有太多自由的束缚。当然，那也是“君上之所恶也，

刑法之所大禁也”[506]，“夫生法者，君也；守法者，臣也；法于法者，民也”[507]这些说法的一个逻辑结论。

我们是否喜欢这样的“法律天下”？

062　法律职业

现在，我们看一下国家法律中“法律职业”的问题。这个问题从侧面进一步说明了前述“法律天下”的独特之处。“法律职业”大致是个从西方那里传来的现代语汇，国人古时几乎没有这个概念。当代人都知道有一类工作，比如天天翻阅法律章典审案子，或者为人讲解法律知识，或者代人到公堂上代理诉讼等，是一些人挣钱过活的基本方法。而运用这些方法的人像法官、检察官、律师、公证员、法学教师就被叫作“法律职业人士”。在现代法律世界中，这类人是至关重要的。因为，国家法律的一切最终掌握在他们的手里。可以想想看，立法者把国家法律的文字输入到了社会中，那“文字”究竟怎样发挥作用，究竟怎样叫人服从，几乎都不得不依赖那些人的一举一动。平民百姓想知道法律是什么，要问他们，想打官司，要求助于他们。一般人犯法了也要由这些职业人士予以处理。而一般人的所作所为是否和“法律文字”的要求一一对应，同样要由他们来监视和断定。不论怎样，在一个特大的国家，立法者写出法律后总是不可能处处监视、处处操心，一来是没时间，二来是没精力，而且，就算是有时间、有精力从而那样去做也会遭到非议：这是把立法权和执法权混淆在一起了，混淆在一起就是专制。概括地讲，“法律职业”是不得不独立的。

在这种独立中有一个独立特别重要，这就是司法独立。像法官、检察官那样的人在做事时，不仅平民百姓不得过问干涉，而且“皇亲国戚”甚至君王本人乃至立法者本人，都不得插手影响。现代人有个观念，就是司法独立了，国家法律的世界才会彻底地公正平直。这也提

到了一个暗示：将权力分开，不能让一个人或者某些人把所有的权力都掌控在自己的手里。

“法律职业”的出现，还有一个特别有意思的地方，这便是法律专业知识的形成与独立。这套知识就像医学知识以及其他科学知识一样，不是常人可以把握知晓的。由于出现了职业，还有权力的独立，专业化的知识便会发挥举足轻重的潜在作用。这类情形在现代是最为明显的。现代社会里法令条文浩如烟海。没有专业的法律知识，简直不知应该从何入手。这样看去，法律职业的独立不仅是权力上的独立，还有知识上的“霸权”。这种“霸权”对平常百姓来说是望洋兴叹的，而对其他官人来说也是无可奈何的。

古人对“法律职业”的意思自然是陌生的。但是他们似乎自然而然地产生了一种对“法律职业”的抵抗情绪，似乎本能地要压制法律职业的滋生。他们只有这样一个概念：“以法为教，以吏为师。”[508]这是前面第055小节提到的一个说法。“以吏为师”的意思一方面是说官吏是个传声筒，就像私塾教师朗诵《四书五经》一样，另一方面是说官吏的角色不是以“法律职业”的方式独立的，他手里的权力绝对是附属的，而且他的知识也不是什么特别专业的，通过一般的“说教”，黎民百姓同样可以熟练掌握。《商君书》也说，“为法令置官也、置吏也，为天下师”[509]，“行法令明白易知，为置法官，吏之为师”[510]。如果将清朝时代做个例子，我们就可以看到后来学者的这番小总结：清朝“官员大多不谙法律”[511]，那时“正规学校教育和科举考试都不重视法学，当时直接从事法制工作的官吏、书役等人所需的法律知识，大致都由自修、历练而得”[512]。总而言之，掌控法律章典的大小官吏，其头脑中似乎没有像样的法学知识。

中国古代没有什么现代意义的“法官”角色。虽说《商君书》讲到了“法官”两字，可是这个“法官”一词和“一般官吏”一词是通用的。在

中国古时，社会各级官吏不仅要管官司斗讼之类的事情，甚至要管日常生计。换个说法，我们今天看到一个县里有县长和法院的院长，县长要管生产和行政，而法院院长只管法律上的事情。但在古人那里，县长和院长是合而为一的，他们头脑里只有一个词："县官"。县官无所不管，在其身上看不到独立的法律专业知识以及法律上的独立权力。这样，也就没有"法律职业"这个问题了。

063　邓析之死·"讼棍"

说到古人压制"法律职业"的滋生，要从一个不大愉快的杀人事件讲起。被杀者叫邓析。邓析是春秋战国时期的人物。相传他能"操两可之说，设无穷之词"[513]，"以非为是，以是为非，是非无度，而可与不可日变"[514]。《荀子》认为邓析是个乱世说客，"好治怪说，玩琦辞，甚察而不惠，辩而无用，多事而寡功……然而其持之有故，其言之成理，足以欺惑愚众"[515]。

在法律上邓析喜欢教人打官司并收取费用，官司大的就收一件上衣，官司小的就收一件短袄，以至"民之献衣襦裤而学讼者，不可胜数"[516]。更为重要的是，君王颁布了法令，邓析却偏要将法令做各种各样的解释，一时间说它有这意思，另时间说它有那意思，使得别人根本不知法令到底是个什么意思，"令无穷，则邓析应之亦无穷矣"[517]。可以发现，邓析的所作所为有点类似上小节说的"法律职业"之中一些人做的事情，比如律师和法学教师。律师和法学教师往往是收了费或者拿了工资，还要对法令里外解说一遍。

当然，在这里最应注意的是邓析这种做法如果风行起来，将会可能形成一种"法律职业"的"知识氛围"。这类"知识氛围"会逐渐助长一种自成体系的"法律知识"。这套"法律知识"有时可以符合君王的法令，有时却可能与之背道而驰。比如，倘若"法律知识"认为什么事都

要“公平合理”“平等对待”，而君王的法令却偏要规定“国舅”和“驸马”之类的皇亲国戚可以凡事高人一等，那么，它们之间也就有了矛盾。如果此等“法律知识”蔓延开来，渗入官府衙门，浸入官人的头脑里，自然会对君王的法律王国形成一种“知识威胁”，君王的法令就有可能被“法律职业”的话语“肢解”。我们可以在西方中世纪末期看到此类的“事例”。那个时代，就有一些法学家不断研习古代罗马法，解释其中的意思，竞相琢磨法律知识本身，久而久之终于形成了一种和中世纪宗教法律观念以至古代罗马法观念不尽相同的法律知识，或叫“法律科学”。这些“知识”最后在法学意识形态上大体颠覆了教会和国王的“自上而下”的法律话语，使西方的“法律大厦”基本走上了“自下而上”的自治道路。[518]

也许，正是因为有些人潜意识里有这样的担忧，邓析这个“法律职业”的符号人物被杀掉了。[519]

说来，邓析这种人物被过去的国人叫作“讼棍”。不知从何年月起，大凡是为人写写状子，说说官司技巧，对法律说三道四，或者在法律上出谋划策的，就会被安上这个绰号。两千年过去了，到了清朝嘉庆皇帝针对“讼棍”居然下此圣谕：

民间讼牍繁多，最为闾阎之患。而无情之词纷纷赴诉，则全由于讼棍为之包谋。

此等刁恶之徒陷人取利，造作虚词，捏砌重款。具控者，听其指使，冒昧呈递。审出虚妄，诬告反坐之罪，皆惟控诉之人是问……在讼棍，则局外旁观，自鸣得意。种种鬼蜮情形，实堪痛恨。

……审理词讼，各衙门凡遇架词控诉之案，必究其何人怂恿，何人招引，何人为之主谋，何人为之关说。一经讯出，立即严拿、重惩，勿使幸免。[520]

对邓析一类人物的这种态度恐怕就是“法律职业”在中国近代以前无法出现的一个原因。实际上，古时相当一部分法律思想的确是赞同嘉庆皇帝那套观念的。对此，西方人也是看在眼里，记在心上：

在法律制度经过两千多年的高度发展的中国，人们将法律看作是政府用来自上而下地惩罚那些破坏社会和政治秩序的行为的手段，而不是将其作为维护自身权利、主张个人要求、并排除他人或政府对自身权利的侵犯的工具。在这种观念盛行的中国社会，没有形成国家正式承认的私家法律职业，是不足为奇的。[521]

不过，话又得说回来。有些人被说成是“讼棍”倒也绝对不是冤枉的，因为他们的确没做什么正规的“法律职业”的工作，正是做些混淆视听之事。我们举两个清朝时期的例子来看看他们是如何混淆视听的。

第一个例子讲，外甥和舅舅打架，外甥力气特大故而将舅舅的牙齿打落了几颗，舅舅告到了官府。外甥十分着急，便向“讼棍”请教并愿付很多酬金。讼棍说：“别急，我教你一个好办法。不过只能低头耳语告诉你。”外甥便将耳朵凑过来。谁知讼棍一口将外甥的耳朵咬了下来，然后挥手让他快走。外甥走了两步，猛然醒悟这是什么意思。于是在打官司的时候外甥说舅舅咬他的耳朵，而他挣脱时用力过大，所以才使舅舅的牙齿掉了几颗。案子接着也就不了了之。[522]

第二个例子讲，有个人和他的婶母通奸，通奸时间大致数年。后来当侄子的觉得毫无颜面，决定停止通奸。可是做婶母的却不肯罢休，继续死缠硬磨，最后，在死缠硬磨没有效果的情况下还将侄子告到了官府，说其强奸。侄子没有办法，便找“讼棍”出主意。讼棍说：“就讲自己是初犯，请求婶母原谅，别的什么都不讲。”到了公堂上侄子便照此办理。这一方法出了效果。做婶母的果然大怒，头脑发

热地说："你戏弄了我无数次怎能说是初犯？"审官一听就断定是通奸。案子就这么审结。[523]

看到这两个例子里的"讼棍"，对嘉庆皇帝的"震怒圣谕"就不会感到特别奇怪了。

我们谈论"讼棍"这样的私家法律职业是想说明这样一个问题：中国法律思想的一些理论不太喜欢这类职业的自发蔓延，一方面是担心这样的蔓延导致过多的法律之外的自由言论出现，从而使平民百姓无所适从、人心浮动、"是非不分"；另一方面则是最为担心这种蔓延动摇了君王"法律统一"的基础，使人在法律之内发展异端邪说，形成一种对抗君王法令的另外一路"法律知识"。而那种"知识"一旦形成，加上执法权力的独立自治，人们就会看到一种不同的法律世界。这才是关键之中的要害。

小结

借助中国古时法家的学说，我们大致梳理了中国法律思想中的一种思路的梦境，那是一种"法律的天下"。在这种"天下"之中一切是无可争议的，"金字塔"顶端的统治者也必须是一言九鼎。不仅在法律之内而且在法律之外，人们都要"言行一致"、整齐划一。这样一种法律贯穿其中的社会显露了自上而下的统治秩序，缺乏甚至没有自下而上的自治意念。这类社会我们国人是熟悉的。至于如何去看待评判它，可能是个见仁见智的问题了。

第六章　“礼”或“民间法”的世界

在中国法律思想中，法律的“理想”还是丰富多彩的。上面讲的不过是其中一种。有人喜欢大一统的国家法律世界，在这种世界中，一切是白纸黑字的规则说一不二；可他人则是喜欢半带自发性的礼制世界或者“民间法”的世界，在这些世界中倒是一切以实际的行为“楷模”做“榜样”。当然，所谓国家法律和礼制之间的彼此争立，就像有学者提到的，其实正是“两种法律规范性秩序之争”[524]，假如我们真是像前面所建议过的那样，将“礼”一类的东西和民间规矩也看作法律的一部分，[525]这就更是一个顺理成章的自然看法。

现在我们开始讲述这类半带自发性的世界。

064　苗人部落的传说

对于今人来说如果想了解古时事情，传说是一个非常重要的“参考消息”。虽说传说时时有个以讹传讹的成分，可是它无形中也能补充今人对古人的想象理解。至少有一点人们时常承认，这就是传说有时表达了人们的一种心态或愿望。当然，在这里我们是想看一下一个有关苗人部落的传说。这是个传说中的传说，因为它来自传说中周穆王的一次“领导报告”。

周穆王在那次“领导报告”中说，特别久远的时候有个部落被人叫作苗人部落。苗人部落有一时期十分混乱，所以他们自己就制定了重刑。重刑包括阉割生殖器、砍断大腿小腿、削掉鼻尖或者整个鼻子等，苗人还自称那些重刑正是“法”：“苗民弗用灵，制以刑，惟作五虐

之刑，曰法。”[526]在中国古时的法律思想语境中，“刑”和“法”总是互为表里的，几乎就是一个意思的两个翻版。[527]如此，苗人部落号称的“法”差不多就是国家法律的雏形了。

周穆王接着说，苗人极不仁慈，制定了大刑之后还真用了大刑。结果是不仅族里血肉横飞，而且族外也血雨腥风。最后“上帝监民，罔有馨香德，刑发闻惟腥。皇帝哀矜庶戮之不辜，报虐以威，遏绝苗民，无世在下……”[528]

讲传说自然是有目的的。周穆王讲传说的目的是想表明，那些被叫作“法”的刑罚可不是较为高明的手段，不论怎样凡事都要先德后刑。否则，苗人部落的下场就是前车之鉴。

苗人部落的存亡是个传说，周穆王讲苗人的传说，本身也是一个传说。这些传说经过多年之后到底成了人们的社会潜意识的一部分。这潜意识也就是重视大德小刑。在前面我们讲过这个问题。现在，我们尝试分析一个进一步的问题：在“大德”的时候社会是个什么样子？或者，“大德”是为了实现一个怎样的社会？在前面我们还讲过“德”与“礼”的关系。在有些古人那里，“德治”和“礼制”时常已经被结合在一起。[529]既然是这样进一步的问题也可以变成：在“礼制”出现时社会是个什么样子？或者，“礼制”是为了实现一个怎样的社会？毕竟周穆王说了，“大刑”的社会就是苗人部落的社会，没有什么好结果，“大德”的社会才会最有前途。

065　大义灭亲?

为了说明“礼制”的社会，我们先从国人熟悉的“家”说起。因为“礼制”的话语总是从“家”起步的。

《论语》记录了一段对话，是孔子和另外一个叫叶公的人的“问题讨论”，有意思而且十分重要，讲的正是典型的而又让人瞠目结舌的“家庭关系”，而且将家庭关系的重要性抬举到了令今人难以想象的地步。不妨把它摘录出来：

叶公语孔子曰：“吾党有直躬者，其父攘羊，而子证之。”孔子曰：“吾党之直者异于是。父为子隐，子为父隐，直在其中矣。”[530]

这段对话要是放在今人的面前，许多人都会站在叶公一边而不会和孔子一唱一和。但是，有趣的是，《孟子》里同样记录了一段意思类似的对话。对话一方是个叫桃应的人，另一方就是孟子。桃应问孟子：“舜做天子，皋陶为法官，如果舜的父亲杀了人那么该如何处置？”孟子说：“应该抓起来。”桃应又问：“舜难道不会阻止？”孟子说：“舜是高尚的人，怎会阻止？而且抓起来是有根据的。”桃应想了一下又问：“真是到了这一步，舜到底应该怎么办？不论怎样那是他父亲呀！”孟子一笑，答道：“舜会丢掉天子之位，偷偷地背着父亲逃走，沿海边寻个地方住下来。这样他就会一生快乐。”[531]显然，孟子是在赞同孔子的观点。

孔子和孟子都在鼓吹“父为子隐”“子为父隐”。

这里的“隐”大体上就是隐瞒的意思。从今天的法律来说，“隐瞒”是讲父亲犯法儿子隐瞒，而儿子犯法父亲隐瞒。至于被瞒的，当然是官府了。今人容易有这样的想法：有罪了还隐瞒，瞒的又是官府，这是非常严重的；真正应该做的则是大义灭亲，将“犯罪嫌疑人”（今天用语）扭送官府才对。如果这样看问题，那么孔孟之类的圣哲实际上是在向今人提出一个反问：为什么要大义灭亲？

自然，从上面两段对话里可以看出，孔子和孟子对“大义灭亲”那类话语是不太感兴趣的。他们觉得那是不应提倡的一个观念。可是为什么他们会那样想?

孟子讲过一个理论，叫作“爱有差等”。从这个理论看去兴许可以理解个中缘由。“爱有差等”的意思是指人际的亲密关系天然就有一个远近区别，一个人和父母的关系，自然与和互不相识的人的关系不能相提并论。如果有人不分远近区别，非说父子关系和陌生人间关系是平等一样的，等于是认为人可以有多个父亲和多个母亲，这自然是荒谬的。“且天之生物也，使之一本……”[532]作为生物，人当然也只有一个根本来源——父母。而“……兼爱，是无父也。无君无父，是禽兽也”[533]。“兼爱”是古时墨家的一个说法，意思是指普天之下人人都要相亲相爱，这种“亲爱”绝无上下远近之分，好像今人或西方人所说的那类“博爱”一样。孟子想，除了“父母”这个根本来源之外，其他关系像夫妻、爷孙、同乡……都是渐次疏远的人际关系，“兼爱”观念就算是拥抱世界的泛爱之心的感情宣泄，那也是不切实际的，而且可能引人误入歧途，忘掉了父母。就爷孙来说，另有《礼记》讲：“自仁率亲，等而上之，至于祖，名曰轻。”[534]这是孟子那套话语理论的补充，言外之意是说爷孙那种直系关系都有些不如父子关系来得亲密无间，何况这之外的人际关系。孟子还告诉别人，人人在年幼时仅仅依恋父母，只是当岁数大了点懂得了美色，才开始对年轻貌美的可人着迷。到了有妻子儿女的时候又开始迷恋妻子儿女，到了享有一官半职的时候又开始讨好君王。如果得不到后面一些人的欢心，许多人就会焦虑不安。这样自然是不好的。只有最孝顺的人才会终生想念父母。这样的人说来说去也才只有一个——舜。[535]孟子就这样又赞扬了舜一次。好像只有舜才能真正记住“爱有差等”这个概念似的。

说来，《礼记》记载，周朝的礼制就已提过“亲人相隐”。这种礼制讲“事亲有隐而无犯”，“事君有犯而无隐”，“事师无犯无隐”。[536]

我们可以认为，与父母的关系，是家庭关系里几乎最为重要的关系。而人一生下来的时候就和父母厮守在一起，然后随着年纪的慢慢增长，才出现了和远亲、同学、老师、乡亲、同事、上司、国人之类的由近到远的人际关系。这就有如学者费孝通所说的，中国人“以‘己’为中心，像石子一般投入水中，和别人所联系成的社会关系，不像团体中的分子一般大家立在一个平面上的，而是像水的波纹一般，一圈圈推出去，愈推愈远，也愈推愈薄。在这里我们遇到了中国社会结构的基本特性了。我们儒家最考究的是人伦，伦是什么呢？我的理解就是从自己推出去的和自己发生社会关系的那一群人里所发生的一轮轮波纹的差序”[537]。

这样看去，如果与父母的关系十分糟糕，那么和别人的关系究竟可以如何也就可想而知。爱父母都出现了困难，爱别人岂不是更困难？前面第015小节就提过，有一个叫开方的人为了做官，竟然十五年之间连自己的母亲都不看上一眼，这使管仲也觉得此人忠君不是虚伪就是另有图谋，故而不杀则是隐患。而且，开方的主子齐桓公死时，开方果然是坐视不理，让齐桓公陈尸街头。如此自然可以问问：为什么要大义灭亲？“大义灭亲”岂不将会破坏原有的和谐家庭？破坏了家庭也就没有“亲爱”，没有了“亲爱”，社会其他关系岂不也会颇为混乱？所以我们应该承认，“父子有亲，而后君臣有正”[538]，“人人亲其亲，长其长，而天下平”[539]。

这样，“父为子隐”“子为父隐”，正是为了家庭关系的自然和谐，最终也是为了社会的自然和谐。所以，无论如何家庭关系是首要的，而社会乃至国家的人际关系相对而言是次要的。明白人知道，“君子笃于亲，则民兴于仁；故旧不遗，则民不偷”[540]。进一步来说，就要“上治祖弥，尊尊也；下治子孙，亲亲也”[541]。讲到这里可以发现，这套理论和前面几小节提到的鼓吹“国家法律天下”的理论差别很大。虽然两种理论都说是为了社会国家好，但是，前者喜欢从“家”开

始，后者喜欢一步到位。而且，前者特别注意亲情的意义，而后者则是不以为然，主张“不别亲疏，不殊贵贱，一断于法”[542]。

学者瞿同祖对这两类理论有番高屋建瓴的概括，笔者把它抄在下面：

总之，儒家着重……亲疏之“异”，故不能不以富于差异性，内容繁杂的，因人而异的，个别的行为规范——礼——为维持社会秩序的工具，而反对归于一的法。法家欲以同一的，单纯的法律，约束全国人民，着重于“同”，故主张法治，反对因……亲疏而异而施的礼。两家出发点不同，结论自异。礼治法治只是儒法两家为了达到其不同的理想社会秩序所用的不同工具。[543]

说到“父子相隐”，不单是国人即便是西方人也有不同的想法。古希腊贤哲柏拉图在自己的《对话录》里就设立了对立的两方，一方叫苏格拉底，另一方叫游叙弗伦，并让他们就这问题交换了一下不同的意见：

苏：你的是什么官司，游叙弗伦？辩诉呢，还是起诉？

游：起诉。

苏：对谁？

游：告那个人，我似乎发疯了。

……

苏：他是谁？

游：我的父亲。

苏：你的父亲？你这个好家伙！

游：的确是他。

苏：什么案件？

游：杀人案，苏格拉底。

……

苏：被你父亲杀的是你家的一位亲戚吧？一定是的，否则你不会为一个非亲非戚者告发你父亲杀人。

游：可笑，苏格拉底，你也以为被杀者有亲戚与非亲戚的区别，却不想唯一需要厝意的是杀人正当与否；正当，便听之，不正当，虽一家人也要告发。明知某人犯罪而与之共处，不去告发以涤除自己和那人的罪愆，便与他同罪。被杀者是我家的雇佣……[544]

在这段对话中，苏格拉底似乎有点赞同“子为父隐”，不然他就不会怀疑被杀者是游叙弗伦的亲戚。而游叙弗伦则是显得“正气一身”，非要用“正当与否”的说法来表示一下自己可以大义灭亲。其中的对立是不难看出的。当然，在这里我们好像没有看到“国家”的影子，这又是让人感到有趣的。我们应该注意，游叙弗伦像许多西方人一样习惯于用“正当”“公平”之类的东西顶替“国家”的概念。在他的思想里，更多的东西不是“国家的秩序”而是“公平与正当”。这也许是国人和西方人的一点区别。

通过“父为子隐”“子为父隐”的讲法，我们自然领略到了“家庭关系”在中国法律思想的某些理论那里的重要地位。如果犯法了都要互为隐瞒，隐瞒的对象又是官府，那么平时的家庭自然和谐关系就更不用多说了。

066　家与国·忠孝难两全

对“父子相隐”，读者可能会提出这样一个问题：即使孟子的说法言之有理，人际关系从来都是“爱有差等”的，但是有个东西还是回避不了，这就是允许“父子相隐”就容易助长当父亲的或当儿子的肆无忌惮、无法无天，既然如此，社会到头来还不是容易十分混乱？这个问题是不容易回答的。

在《论语》中，偷羊者的儿子向官府告发了，但是人们并不知道告发者的结局如何。在《韩非子》中倒是有一个结局令人玩味，原来，告发者最后被判死刑。判告发者的是楚国的楚令尹。楚令尹说，儿子告了父亲，尽管对君王来说是对的，可对父亲来说则是不对的。父亲生你养你，犯了一点过失就被你告了，真是天理不容。当君王的既想要忠臣，也想要孝子。[545]

从这个结局来看，似乎楚令尹和孔子、孟子的想法不谋而合了：不是孝子，怎能是忠臣？《韩非子》说完这个结局还嫌例子说得不够，又添上了一个鲁国的例子。这个鲁国就是当年孔子曾当过一官半职的春秋时期的弹丸小国。例子讲，一个士兵随鲁国国君多次出征，可奇怪的是次次出征这士兵次次逃跑，不像别的士兵奋勇当先。这士兵被抓住了而且被送到了官府。孔子此时出来问他：“为什么逃跑？”士兵说：“我有年迈的父亲，如果我战死了谁去养他？”孔子一听心里特别兴奋，立即建议对他加官晋爵。因为孔子最为喜欢这样的孝子。[546]

《韩非子》说完这两个例子，接着给出了一番不太客气的评论：“故令尹诛而楚奸不上闻，仲尼赏而鲁民易降北。上下之利，若是其异也，而人主兼也举匹夫之行，而求致社稷之福，必不几矣。”[547]

所以，像《商君书》所说的："亲亲则别，爱私则险，民众而以别险为务，则民乱。"[548]

不难看出，《韩非子》肯定是认为"父子相隐"没有什么好处的。相反，倒是"相互揭发"最为有益。这就有如《慎子》早就断言的："骨肉可刑，亲戚可灭，至法不可阙也。"[549]

应该这样说，从"家庭关系和谐"的角度来看，"父子相隐"自然是个不错的主意，可是从国家社会的角度去看就难说了。在这里，我们可能又遇到了在前面第033小节讲过的赵襄子式的难题：有理论可以将"父子相隐"的道理说清说透，有理论也可以将相反的道理说清说透，而在实践中到底哪个效果最好，就不得而知了。毕竟人们可以站在不同角度去说同一个对象。所以，人们可能还是要面对一个不好解决而又必须解决的问题：到底从"家庭亲情"出发，还是从国家社会出发？

在这类问题面前，《吕氏春秋》则另有见解。它推出了一个例子，说明还有"壮烈"的解决办法。也是那个楚国，有个叫石渚的贤士，平时做官为人都是大公无私。一天，有人杀了人，石渚知道后立刻前去追捕。可是追着追着突然发现杀人犯正是自己的父亲，石渚感觉特别为难，于是掉转车子返回了官府。接着他立即赶到朝廷，对楚昭王说："大王，杀人的人是我的父亲，抓他罚他我都于心不忍，而偏袒放过他等于是违反了国家的法律，那又是天大的罪过。对我来讲，执法有过自然要受到惩处，这是为臣者应遵守的道义。"说完，石渚趴在刑具上请死。楚昭王微笑着说："没追上杀人犯有什么奇怪的？不一定要受罚。你继续做官吧。"可是，石渚特别倔强，说："不偏爱自己的父亲不是孝子，为君做官又不能严格遵守法律不是忠臣。您赦免我，这是君王的恩惠，可是不得废止法令，则是臣子的操行。"接着石渚自杀了。[550]

《吕氏春秋》讲："正法枉必死，父犯法而不忍，王赦之而不肯，石渚之为人臣也，可谓忠且孝矣。"[551]人们都说自古以来忠孝难两全，可是《吕氏春秋》告诉你，一死了之既是忠臣又是孝子。针对孔孟和《韩非子》的对立立场，这是不是第三种立场？我理解，从《吕氏春秋》的意思引申开来，可以得出这样一个看法：家庭亲情和国家社会都是重要的，但是不可选择，非要选择的话那是将人逼到了死路上。

067　父亲的权威

既然在中国法律思想的一些理论看来家庭关系是首要的，那么，在家庭关系之中应该具有怎样的"礼制"秩序？

东汉许慎的《说文解字》讲，"父"字，"矩也，家长率教者，从又举杖"[552]。这似乎是告诉我们"父"字本身就有统治和权力的意思，而不单单是指和儿女的生育抚养关系。这就有如一个学者讲："子孙违反父的意志，不遵约束，父亲自可行使威权加以惩罚。社会上承认父亲这种权力……"[553]换句话说，我们的语词用法已经暗含了父亲权力的话语意念，这种话语意念已经暗中左右我们——至少是古人——的思考与认识。为何会如此？我想，其中的道理也许是比较简单的：父亲生你养你，岂能没有管教的权力？如果父亲没有"顶天立地"的象征意义和"唯我独尊"的轩昂气派，家庭何以对外挺胸仰脖？

这样，家庭中的"礼制"秩序自然就要支撑父亲具有说一不二的权威。子女对父亲不仅要尊重，而且要处处洗耳恭听。即便为父的做了错事，做晚辈的也要像君子一样"弛其亲过而敬其美"[554]。对此，另有古人说，"凡物必有合。合必有上，必有下……子者，父之合"[555]，"父为子纲"[556]。蔡元培先生对此也是有番描述的："一家之中，父为家长，而兄弟姐妹又以长幼之序别之。"[557]如果真是这样，那么，

以“父亲”为象征符号的家庭和以君王为象征符号的国家，实质上有两个不同的统治秩序。就像《荀子》所说的：“君者国之隆也，父者家之隆也。”[558]

其实，在家庭的自然生活中许多人倒是的确可以有这样的感觉：为父的管教甚至打骂子女没有什么不可理解的，就像为父的抚养爱护子女一样天经地义。相反，父亲没有这类严厉甚至有点“凶神恶煞”的表现，倒是一件不太正常乃至令人费解的事情。这就不奇怪有学者说：

“天下无不是的父母”，父母对子女的管教惩戒权本是绝对的，伦理告诉我们，子当“有顺无违”，这不是“是非”的问题，而是“伦常”的问题。在父母责骂时而和父母分辩讲理，甚至顶撞不服，在孝的伦理之下，实是不可想象的事。父母将儿子告到官里，官府怀疑到父母所陈述的理由是否充分，或者追问子女究竟是否忤逆不孝，也是不可想象的事。如果法官追问谁是谁非，便等于承认父母的不是，而否认父权的绝对性了。

“是非”，毋宁说是系于身份的。我错了因为我是他的儿女。他的话和行为是对的，因为他是我的父亲。[559]

从这个角度看去，看重“家庭关系”则是看重以“父亲”为中心的自然统治秩序，而看重“国家社会”倒是看重以“君王”为中心的人为统治秩序。父亲的权威象征是家庭“礼制”秩序中的关键所在。

068　家族的小辈与长辈

在中国法律思想的一些理论尤其是古时的儒家学说那里，社会秩序的首要支点就是“家庭关系”了。自然，孩子生下来，旁边围着的人不是父亲就是母亲。这种亲缘性的第一关系对孩子来说总是逃脱不掉

的。这就有如费孝通所讲，“世界上最用不上意志，同时在生活上又是影响最大的决定，就是谁是你的父母”[560]。我们暗示过，父母尤其是父亲是家庭关系的一个权威符号，从这个角度看去，父辈与子辈的关系是家庭关系中的首要关系。民国法律学者陈顾远又说：“欲……明尊辈卑之序，总必先正父子之伦……”[561]

当然，这并不意味着老婆老公以及兄弟姐妹的关系不足挂齿，在那些关系里也有一个“秩序”的关系，只是相对而言不太显眼罢了。

人一长大就要走出家门，就要进入社会。就像梁漱溟先生说的：

人一生下来即与人发生了关系（至少是有父母，再许有兄弟姊妹），从初生一直到老死，一辈子总是有与他相关系的人，一辈子总是在与人相关系中生活。最初有父母，再则有兄弟，大一点有妻子，再大一点又有子女，出外读书就有师友，经商就有伙伴，这些都是与他相关系的人。[562]

自然，一般来说，家门口外的第一层网络关系似乎是家族。在中国这样的典型“家族社会”里这层网络关系又是环环相抱的。所以，我们时常发现，在我们的家族语汇里就有了“七大姑”“八大姨”之类的亲属字词。

到了家族那一层，“礼制”的秩序就是小辈围着长辈转。当然，其中的“礼制”有时并不这样强调小辈必须处处照着长辈的话去做，而是仅仅要求他们有礼就行了。

看个例子，再讲其中的道理。

清朝乾隆年间，有兄弟两人因为一点小事打了起来。哥哥叫李昌，弟弟叫李茂。原来，李昌想向李茂借点钱买东西，李茂却说自己不宽裕。就是因为这点小事，李昌做哥哥的样子无影无踪了。稍后的

一天趁着酒后的三分醉意，李昌拿起刀子要杀李茂。可是要找到李茂就要翻越李茂家的围墙，不论怎样李茂是不会给气势汹汹而且手握力刃的李昌开门的。李昌行动有点笨手笨脚，加上有些醉意，刚一爬上李茂家的围墙就失手倒栽在墙下石上，头部鲜血直流。李茂看见后立即叫来叔叔李淑斌。李淑斌见状马上动手替李昌包扎伤口。

谁知李昌经过这一“栽”，对弟弟李茂更是恨之入骨，伤口包扎好后他再次拿刀冲向李茂。李淑斌大声劝阻，李昌就是不听。没有办法，李淑斌喝令李茂拿棍反击。李茂一棍正着李昌的腿关节，使李昌跪在地上动弹不得。

李昌无地自容，回到家后愤然揭开伤口上的包扎布一觉睡去。不想，伤口进风，八日过后一命呜呼。官府知道这件事，立即派人拿捕李茂。虽说李昌之死和李茂的“棍术”没有什么因果关系，那是越墙倒栽石上的结果，但是李茂还是犯有了伤害之罪，被罚杖打一百下，流放两千里。

那么李淑斌呢？李茂施“棍术”可是依他的喝令而来的。没有这个喝令，李茂很可能不会“耍”棍子，不会“耍”棍子也就不会让哥哥动弹不得，哥哥也许就不会无地自容地解开伤口的绷带。对此，官府似乎睁只眼、闭只眼。[563]

在这个案子里，当然没有“小辈围着长辈转”那样的场景，但是，我们依然可以这样看问题：官府审案子的时候恐怕是记着李昌、李茂是家族的小辈，而李淑斌是家族的长辈。也许官府还知道，像李昌、李茂那样的小辈平时对李淑斌是尊敬的，而且可能“言听计从”，他们之间已经有了一种长幼有序的“礼制”秩序。相对来说，李淑斌已经具有了家族的权威意义。所以官府要像宋代朱熹所说的：“凡有狱讼，必先论其尊卑上下，长幼亲疏之分……”[564]甚至要像明代海瑞所说

的："凡讼之可疑者，与其屈兄，宁屈其弟；与其屈叔伯，宁屈其侄。"[565]这样的话，对李淑斌睁只眼、闭只眼也就不足为奇了。

另外，对于国人而言，长辈通常都经验丰富、治理有方，如此，怎能不让小辈围着长辈转？就像费孝通先生所说的：

凡是比自己年长的，他必定先发生过我现在才发生的问题，他也就可以是我的"师"了。三人行，必有可以教给我怎样去应付问题的人。而每一个年长的人都握有强制年幼的人的教化权力，'出则悌'，逢着年长的人都得恭敬、顺服这种权力。[566]

对外族而言，家族的长辈也是凡事都要出头露脸以长本族气势。有纠纷，由其出面调停；有麻烦，由其出面圆场。所以维护长辈的权威也就是维护家族的稳步发展、繁荣昌盛。这样看来，"家族礼制"的秩序就是来自家族发展的内在需要了。或许，官府潜意识里还装下了这些更为具有"说服力"的生活功利性质的观念。

这不奇怪，古籍《礼记》早就说过，在家族里头等大事就是敬重长辈了，接下来的事情才是与亲人和睦，宽以待人。所以如此是因为只有这样家族人才会更加明白"父子之义，长幼之序"[567]。《礼记》还说，大凡正式场合比如拜见君王诸侯，家族人的位置秩序也是需要依长幼先后来排列的。即使有人在外面特别能耐，地位尊贵，在族内也要尊重长幼之分。所有这些正是为了凸显"父子关系"的根本道理："虽有贵者以齿，明父子也。"[568]所以，美国学者费正清就曾提到，中国"一个家族或宗族的族长们掌管本家族的共同财富，编写家谱并在家族祠堂主持祭祖仪式，发放救济，供可造就的子弟上学，训诫不务正业的族人，以免被抓进官衙和监狱"[569]。

从大面上讲，"中国社会组织，轻个人而重家族，先家族而后国家，故中国社会亦以家族本位为其特色之一"[570]。如此看去，我们便

可以理解，为什么瞿同祖先生对鼓吹“礼制”世界的理论有这等议论：

……家族实为政治、法律的单位，政治、法律组织只是这些单位的组合而已。这是家族本位政治法律的理论的基础，也是齐家治国一套理论的基础，每一家族能维持其单位内之秩序而对国家负责，整个社会的秩序自可维持。[571]

069 “礼”·自然和谐与诗情画意

从家门走出来，首先碰到的社会关系可能就是家族了。过了家族这道人际关系的网络，外面的“关系”天地自然更为复杂多样，有同乡、同事、老师、上司……这些关系也正像家庭和家族的关系一样自有一套自然而然的不可抵御的“礼制”秩序，也是“尊卑、大小、强弱有位，礼之数也”[572]。正所谓，“乡党之礼，长不让幼”[573]。比如，都是同乡同事，彼此就要讲个长辈小辈的关系，而老师上司就更不用说了，他们和学生下级本身就有个“高低”之分。

这样，在整个社会中，人人都有自己的“上下”位置。恰如明代丘濬所说的，任何事“莫先于辨上下之分”[574]。而社会或者国家的关系正是家庭、家族关系的放大和扩展，前者像后者一样也有自己的对那类关系的内在需求。老师没有尊严，何以能够“教书育人”？上司没有权威，何以能够发号施令？在国人这个“家族味道”极浓的社会里，走入各类关系的每个人，当然容易将“家族角色”融入社会角色之中：自己当了老师好像就是当了家庭中的父母，自己当了上司好像就是当了家族中的长辈；反之，要是当了学生和下级，也就感觉成了家庭中的子女或者家族中的小辈。一切都是顺其自然。

于是，“礼制”的世界就是一个自然而然的等级层次分明的世界。这种世界当然和“国家法律”的大一统世界有着分别。

前面第032小节，我们提过一个熟人世界和陌生人世界的概念。可以这样讲，从家庭、家族关系开始往外推延的渐次疏稀的社会关系，也正是从另一角度来说的熟人世界里面的亲疏关系，也是从熟人世界到陌生人世界的渐次淡薄的人际关系。如此看去，只要没有最后进入完全的陌生人世界，人际关系就不会摆脱那种层次分明的“礼制”秩序。中国法律思想中鼓吹“礼制”的理论，实际上主要是想说明熟人世界里的问题，而反过来也是恰恰在熟人世界中才能谈到“礼制”秩序。在陌生人的世界里，当然无法说个长幼有序的规矩秩序。中国的社会大体上是个熟人的世界。对于大多数人来讲，总是同饮一乡水，同种一乡田，人们更多的时候不是走南闯北，而是在亲朋好友、乡间邻里那里走家串户，像学者费孝通提到的，在这样“一个熟悉的社会中，我们会得到从心所欲而不逾规矩的自由。这和法律所保障的自由不同。规矩不是法律，规矩是习出来的礼俗。从俗即是从心。换一句话说，社会和个人在这里通了家”[575]。

由此可说，“礼制”世界最为生动的地方正在于它根源于而且维系于这类熟人关系的层次，和这类关系息息相关、休戚与共，并在这类关系之中发挥自然协调的功效。

《礼记》讲，“礼者，天地之序也”[576]，“大礼与天地同节……明则有礼乐……如此则四海之内合敬同爱矣。礼者殊事，合敬者也”[577]。具体到乡民喝酒那样的小礼节，“乡饮酒之礼，所以明长幼之序也……乡饮酒之礼废，则长幼之序失，而争斗之狱繁矣”[578]。

而在这之前，春秋战国时期的子产早已说过：“夫礼，天之经也，地之义也，人之行也。”[579]孔子也是提醒人们：“夫礼，先王以承天之道，以治人之情，故失之者死，得之者生……故圣人以礼示之，故天下国家可得而正也。”[580]“安上治民，莫善于礼。”[581]就像后来《荀子》所补充的：“故人无礼则不生，事无礼则不成，国家无礼则不

宁。”[582] 当然，这里替天行道的“道”，依《荀子》的意思来说：“非天之道，非地之道，人之所道也。”[583]

另外，这“礼制”还有些事无巨细、事无善恶都要以“礼”统之的意思。孔子就说：“杀人之中，又有礼焉。”[584] 原来，春秋时期有个叫工尹商阳的人，虽说杀敌的时候勇猛无比，可是每每用箭射死一个敌人，定会用手将死者的眼睛轻轻合上，以此显示礼敬的“人道人情”。所以，孔子以为杀人都有礼制。[585]

与这些相反，法家提倡的国家法律倒是不在乎熟人关系的层次，它凡事都要整齐划一，即使对于父子、师生、上下级的关系，它也要强调“人人平等”，仿佛人际关系都被看作了陌生人的世界。在“公领域”的关系里，儿子觉得父亲不对，只要是为了国家的利益就可以对父亲加以鄙视，或者直接将其扭送官府而“大义灭亲”。在“私领域”的关系里，父子之间不仅可以相互借钱而且可以相互追讨，这里也绝对没有父亲的面子尊严。师生、上下级的关系同样如此。既然是这样，在君王的眼睛中，一切臣民就都要围绕着君王，臣民之间没有什么所谓的“长幼”之分。而百姓有了“长幼”之分的意念，君王的独特权位也就并不那么安全牢固。这样，国家法律的观念当然不太在意原有的社会关系与秩序，而且，其本身也根本不想去维持那样的和谐与自然。它所想的是建立全新而又冷酷的“千篇一律”的关系世界。

所以，有西方人就做出了这样的评论：

儒家学说所强调的五种主要关系——父与子、君与臣、夫与妻、长与幼及朋友之间——是由人的本性而形成的，这五种关系对于社会秩序的安定，具有重要意义，礼根据各个人在这些关系中的不同身份设定了不同的行为方式，因而使这五种关系和其他类似的关系得到强化，法律则通过外力，强行一体对待，而使这些关系归于消灭。

礼（指其原始含义：仪式和典礼）给人们的生活带来诗意和美感。礼为人们以社会可以接受的方式表达其情感开辟了渠道。与其相反，法律具有机械性，缺少情感方面的内容。[586]

说到“礼制”具有自然和谐的意思，还指“礼”可以随机应变、处事柔和。在前面第031、032小节，我们暗示过这一点。孔子偶尔特别解释了这个含义：“礼者何也？即事之治也。”[587] 这意味着，“以礼为基础而建立的政府在履行自己的职能时能表现出和谐性，因为礼是不成文的，每当有特殊的情况发生，都可以通过对礼的灵活解释而恰当地解决问题”[588]。更何况“礼也者，理也”[589]，“礼”本身就是一个说不完道不尽的大道理，即使不是放之四海而皆准也是用之八九不离十。它和人们的道德理念有着千丝万缕的联系。既然和人们的道德理念遥相呼应，它也就和人们的感觉相濡以沫。

而说到道德理念，我们似乎又可以看到“礼”之说法的人情味的另一方面。对这点，我们不讲这人那人的大理论，看个对话就可以体会一二了。有一次孔子的学生子贡向孔子请教处理政事的方法。孔子说：“把粮食、军备准备得充足一些，百姓就会相信政府很有能力了。”子贡听完这话后却拐弯抹角地问：“如果迫不得已，粮食、军备和百姓三者不可兼得，那么先丢掉哪一项？”孔子不假思索地回答：“当然先丢掉军备了。”子贡追问：“如果又是迫不得已，粮食和百姓不可兼得，这时又该如何？”孔子语重心长地说：“丢掉粮食，留下百姓。这样做了政府才可以心安理得。”[590] 对于满脑子是“礼制”的孔子来讲做出这样的回答是情理之中，不论怎样，“礼”是百姓日常道德的一部分，而百姓的日常道德又孕育了“礼”的温情。

子贡的一连串问题要是放在法家的面前，可以想象，得到的回答恐怕是：最先丢掉百姓，其次丢掉粮食，最后留下军备。

070　礼·吃饭·娶新娘

“礼”来自平常生活的习俗规矩，这是没有什么可争议的。这也是它显得自然和谐的一个基本原因。但是，只要是来自一种习俗规矩，那么它便总是和大多数人的大多数习惯做法相互联系的。对大多数人来说，喜欢甚至遵守“礼”在一般情况下当然是不在话下的。而对某些人或者就某些情形而言，事情可能会变得复杂了，甚至变得不是自然和谐，而是生硬别扭直至让人左右为难。

说到这里，我们又可以提到古人的一段对话，它表明，“礼”有时并不是自然和谐的。

《孟子》记载，战国时期有个小国家——任国。任国虽小，可是巧舌如簧的辩才层出不穷。任国一个才子看着“礼制”有些不顺眼，听见有人传播鼓吹“礼制”便一定要上前与之辩个输赢。另有一个叫屋庐子的人，最爱讲述“礼制”，逢人便说“礼”是如何重要，如何使人逢凶化吉、生活幸福。两人遇到一起总要争论一番。

一次，才子问屋庐子：“礼和吃饭哪个重要？”屋庐子毫不犹豫地回答：“当然礼重要了。”才子又问：“礼和娶新娘哪个重要？”屋庐子更是毫不含糊地回答：“当然是礼了。”才子机巧地追问：“如果依照礼节去找饭吃，必定饿死，扔掉礼节去找饭吃，就不会饿死，那么是否还要依礼节行事？如果依照迎亲之礼去找新娘，必定不能结婚，而丢掉迎亲之礼，第二天就可找个新娘，那么还要一定行婚礼吗？”屋庐子听了这番问诘愣住了，心里想：饿死了或者娶不着新娘，礼还有什么用？屋庐子发愁，便去找孟子。

孟子听了屋庐子的叙述，便说：“这还不容易回答？什么事比较一下都要找个共同的起点才是。如果不看看基础的高低是否一致，不就可能得出一寸厚的方木要比山一样高的城楼还要高的结论？金属自然

要比羽毛重，难道说三钱重的金属要比一大车的羽毛还要重？拿饿死这等大事和礼的小节相比，何止吃饭重要？拿断香火这等大事和礼的小节相比，何止娶新娘重要？你回去问问才子：‘扭哥哥的胳膊，夺下哥哥嘴边的食物，便会喂饱肚子；如果不扭，便会饿死，那么，要不要扭？翻越邻居的墙壁硬抢人家的小女，可以得到妻子，接着儿孙满堂，反之天天看着而不动手，便不会有个老婆，那么，是不是要越墙硬抢？’”[591]

我想，孟子的前一半回答当然是机智的。其言外之意是想说明在生死和香火断续这样头等重要事情上，小“礼”也就无足轻重了。在前面第041小节，我们也提过孟子的一个灵活想法：男女授受不亲是个日常原则，可是为了救落水的嫂夫人，伸出手去拉一把也是理所当然的，否则还不如禽兽。但是，他的后一半回答似乎是不妙的。他要屋庐子拿“哥哥”和“邻家小女子”这些难事去反问任国才子，等于是暗喻哥哥之礼和邻家小女之礼的重要性，绝对不亚于饿死或者子断孙绝。可是，很多人毕竟是难以在它们之间做个选择的，“大礼”重要，生计也是重要的，任国才子问诘屋庐子的时候正是有些这个意思，实际上他想表明：大礼不是时时处处都可以优先的，而“饿死事小，失节事大”是不能接受的。

这样想问题，我们自然可以发觉，“礼制”有时倒是并没有带来和谐和睦，更不用说诗情画意了。孟子好像也没否认这里的困难之处。如果我们进一步联想到国家法律，那么也能发现，对国家法律来说照样存在同样的难题，尽管不是“和谐和睦”“诗情画意”的意思。有时在国家法律面前规规矩矩，真有可能没有饭吃，没有妻娶，这时候到底应该如何实在叫人无从抉择。当然，对于国人的大多数来说，通常则是宁可饿死或者不去结婚，也不会破律犯法。国人在这类大事上还是非常“坚强”的。

071　官司·和为贵

讲“礼制”自然和谐的世界，当然要说说国人“厌讼”这个传统。这一传统可说是那个世界的一个侧面描述。

“厌讼”就是主张：如果出现纠纷或者矛盾，只要不是天大的杀人放火、颠覆国家之类的十恶不赦的罪过，最好忘却，或者和气地调解。像那些我欠你一斗粮、你欠我二两银、我家儿子打碎你家一坛醋之类的事情，不要在官府那里争论不休、“你争我夺”。反过来，打官司则是叫官府做个裁决人，你我拿出证据相互对质，相互辩论，这之后由官人案板一拍拟个判决书。今人恐怕是已经特别熟悉这些了。判决虽说直接明确、毫不拖泥带水，但是不免有些生硬冷酷，就算在你我之间的纠纷上明确了是非，总会让你我日后有些疙瘩不能解开。所以，是非上的公平判决有时并不一定带来社会的祥和安定。

孔子早已说过：“听讼，吾犹人也。必也使无讼乎！”[592]孔子说的话历来都是句句具有“伟人语录”的效应。老早的《易经》的“讼卦”底下也有“终凶”“上刚下险”“以讼受服亦不足敬”之类的厌讼按语。这些按语在民众及文人之间已成隐蔽的话语潜流，孔子的“语录”更是字字千钧。

在今人看来，厌讼这类心情等于是得病了讨厌医生，等于是幻想疾病可以顺其自然地自我消失，这属于心态不正常的一种表现。可是，古人之中的相当一些人就是喜欢“礼制”的自然和谐，就是觉得国家法律的强行干预是不对的，总想让民间的一切生活自我生息，于是就把诉讼挤向了边缘。

在前面第001小节，我们讲过一个清朝的“兄弟争田”的案子。在那个案子里官人蓝鼎元就是一个官府的裁决人。蓝鼎元开始的时候非常严厉，似乎要对兄弟二人动用刑罚，叫兄弟二人战栗不安。然而到了

最后蓝官人还是叫兄弟二人和解。这就是一个调解的例子。蓝官人心里当然清楚，对于争田的兄弟二人来说调解的结局极为可能要比判决来得更为有益。兄弟二人日后还是需要互帮互助的，家庭亲情的关系显然不能丢掉。

也是清朝年间，有个叫陆陇其的官人，审案风格极为类似蓝鼎元。在前面第040小节，我们同样提过这个人。在那里我们是讲陆官人如何用招术对付小偷之类的贼人。在这里，我们看看他是如何解决小民的私事矛盾的。对于一般乡间邻里的纠纷，只要被提到了陆官人的案台上，陆官人总会说：

尔原、被非亲即故，非故即邻，平日皆情之至密者，今不过为户婚、田土、钱债细事，一时拂意，不能忍耐，致启讼端。殊不知一讼之兴，未见曲直，而吏有纸张之费，役有饭食之需，证佐之亲友必须酬劳，往往所费多于所争，且守候公门，费时失业，一经官断，须有输赢，从此乡党变为讼仇，薄产化为乌有，切齿数世，悔之晚矣。[593]

陆官人就是用这种软中带软的辞藻来弱化小民的诉讼斗志的。而且，在讲述柔肠断骨之情的同时还给小民算笔官司上的收支经济账，使小民听来更觉得自己错上加错。结果自然是息讼宁人。

中国法律思想的一些理论，就像蓝鼎元和陆陇其所想所做的那样，最爱在官司这类事情上鼓吹“和为贵”那套话语意识。显然，喜欢“礼制”世界的自然和谐，自然会喜欢用自然和谐的调解方式。在自然和谐的“礼制”世界中，虽然有些不平等甚至看上去是不公平的事情，但是那毕竟是和生活联系在一起的。那些不平等或者不公平，从另外一种角度看去，可能正是合理的或者合乎生活逻辑的。这样说来，用调解的方式“模糊”所谓的不平等或者不公平，至少不会破坏原有的秩序与和谐。即便它使人们失去了一些东西，却使人们可能保留

更多的东西。而判决的方式，虽说可能显出了一个公平，但也可能使乡民失去了兴许是更为重要的东西。对这样一些要害的问题，梁漱溟先生还有一通中西对比的描述，来说明中国现实的基础如何适宜那套话语意识：

在中国说，本来是一家里的事，不愿到法庭去；可是在西洋便须要到法庭相见。我们看西洋人打官司太容易了，动不动便到法庭去，刚有一点纠纷，本来算不了什么的，彼此迁就一点就过去了；可是在他们就不行，丝毫迁就不得，非说得清清楚楚不可，一说得不对胃，便到法庭讲话，说话之间就去了，说话之间就完了，他们把打官司实在看得太平常，把打官司走成熟道了。中国人便不是这样，在中国则非到万不得已，实在没有办法了才打官司，他把打官司看成一件非常了不得的事。在中国人，如果两面一打官司，则彼此便同仇敌一样，有的好几辈子都和解不开…… [594]

所以，中国的“礼制”世界需要柔和的纠纷解决方式，而柔和的纠纷解决方式也是为了“礼制”的世界。“分争辩讼，非礼不决” [595] ，“和之所赏，礼之所取” [596] 。

此外，主张“和为贵”的柔和调解手段也是暗中对官府过问纠纷的一类温和抵制。这意思是，喜欢民间的调解方式隐含了“民间需要自治”的思想。举个例子，家里兄弟姐妹因为一点小事出现矛盾，甚至出现了暴力，家里人也还是希望家丑最好不外张扬，凡事家里解决“定案”才是上策。家里人有时希望官人不要过问，过问的结果在家人看来倒是乱上添乱。而且，更为重要的是有时还有“清官难断家务事”这一问题，因为，外人何以知道家里的长长短短？除此之外，从办案人手多少的角度看去，官人的数量远远不能和那家庭纠纷的数量形成正比关系。一个乡里或县里，官人是屈指可数的，可是家庭的纠纷则时常层出不穷，如此，官人当然也是应接不暇的。对于家庭是这样，对于

家族就更是这样了。家族人多，是家庭人数的几何倍数，纠纷自然也是成倍计算的。官人对此更是望洋兴叹。所以“和为贵”的观念不仅是一种方式技术上的要求，而且是一种人员资源上的要求。官人和亲人、族人处理解决问题的种类自然是有区别的。而且亲人族人出面恐怕更有效率，更能贴近自然和谐的氛围。恰如有学者说的：

……家族是初级的司法机构，家族团体以内的纠纷及冲突应先由族长仲裁，不能调解处理的，才由国家司法机构处理。这样可省去司法官吏许多麻烦，并且结果也较调和，俗话说清官难断家务是有其社会根据的。有许多纠纷本是可以调解的，或是家法便可以处治的，原用不着涉讼，更有些家庭过犯根本是法律所不过问的，只能由家族自行处理。[597]

072　叔向与子产的通信·行为的仿效

从大道理上看，当然可以开列一个盛赞“礼制”秩序的清单。它自然、和谐、美妙，讲起人情味来也是浓上加浓。可是我们也早说过，它似乎有个不大不小的问题：不太清楚。这是说比起白纸黑字的国家法律来讲它并不那么泾渭分明。[598]如果真是想要循“礼制”而守规矩，有时就是不知从何入手。这是人们最为容易提出的一个较为尖锐的诘难。

春秋时期，郑国子产和邻国的一个叫叔向的保守贵族有过一次书信往来，其中也涉及了这一点。子产在中国法律史里可说是出尽了风头。他不仅制定过一套著名的国家法律，而且还把这法律铸在了大鼎上。在前面第012小节我们还说过他讲的一个著名的“人怕火不怕水”的俗间定律。从这定律看去自然不难理解子产为什么要在大鼎上铸文，而且铸的是严刑峻法的文字。

叔向知道子产在大鼎上铸法后便写了一封“恨铁不成钢”的信。信的大概意思是说：

开始时我对您寄予厚望。可是现在彻底失望了。往日，贤君圣王做事之时没有明确公布法令的，您也是那么做的。而先王和您所以不制定什么法令，是因为大家都明白法令不能和礼仪习俗同日而语。平民百姓过日子的时候，原本就有了礼义，有了明辨事理的官员、忠诚守信的乡长、和蔼可亲的老师，生活本身十分有序。现在定出了法令，百姓就会看着法令思考邪门歪道，忘掉礼义、好官、乡长和老师，再也不会效仿贤人君子的一言一行了。您应该知道，“国家将亡，才必多法令”。[599]

子产很有意思，坚决而又不失礼貌地回信说：

我是才疏识浅，不能像您那样高瞻远瞩，只有救救眼下的乱世聊以自慰，只是也请您想想看，没有出字成文的规矩，天下各行其道的时候谁知谁是对的谁是错的？礼义听起来是不错，但摸不清看不透，乱世之时再去提倡仿效贤人君子，谁能保证学的不是邪门歪道？[600]

显然，叔向是想用法令的短处来衬托“礼制”的优点，而子产则是相反。不过无论怎样，在此子产提出的问题倒是非常重要的。说起来，即便不是乱世之道，“礼”这些东西也不是层次分明的。模仿“礼”，有时的确会叫人困惑惘然。

只是在这里笔者想进一步说明另外一个问题。即使“礼”有些模糊不清的时候，在许多情况下，它还是可以分辨清楚的。既然如此，叔向和子产争论的法令和礼制谁优谁劣的问题就可放在一边了。人们倒是应该看看，假如人人不是细读大鼎之上的法律条文，而是处处察言观色、模仿长辈先人的一举一动，那么会有怎样的社会效果？叔向说的有些切中要害：天天注意法令条文，就会忘掉好官、乡长和老师。

我们还可以在这“忘掉”之后加上这样几类社会角色：父母、兄姐、亲族长辈、村长、族长等等。实际上，忘掉了这些社会角色也就会慢慢忘掉自发形成的乡规习俗，直至忘掉亲故友情。如此，社会自然不是那么美妙的。反过来，跟随长辈先人，从小到大都仿效他们的“知书达礼”、厚道为人，这样，就不会忽略甚至忘掉土生土长的民规乡约，最后忘掉人伦常情。社会也将是妙不可言的。

如果再把这里的思路发挥一下，我们就会来到这样一个问题面前：究竟一个整齐划一而又“六亲不认”的法令社会有意思，还是一个层次多样而又“温情脉脉”的礼制社会有意思？这样对比法令社会和礼制社会也许有些夸张了。法令社会也许并不是那么“六亲不认”，而礼制社会也许并不是那么“温情脉脉”。但是，问题的基本意思却是不好躲开的：法令社会和礼制社会的区别，有时正在于一个“情”字。

这就不奇怪为什么孔子有这样的言语：“下之事上也，不从其令，从其所行。”[601]孔子的言外之意自然是说，仿效而来的行为规矩最是有益而又合情合理。

《礼记》举过一个例子，来说明如何在行为中去仿效。比如乡里左邻右舍要喝酒，为了让小辈知道其中的各种礼制，就让他们观察长辈的喝酒规矩。六十岁以上的人都要坐着；五十岁以下的人都要站着。六十多岁的人，席前摆上三碟调料；七十多岁的人，席前摆上四碟；八十多岁的人，席前就是五碟了；而九十多岁的人，席前必须是六碟了。小辈看到了这些，就会“明养老也。民知尊长养老……而后成教，成教而后国可安也”[602]。

当然，这里有个问题还是不能躲开：既然“礼”是如此重要，那么把它记录成文字或者直接用法典形式将它一一记下载明，不也可以收到“温情脉脉”的效果？比如，小辈见到长辈要作揖叩首，学生见到老师要喊“先生您好”，平民见到君王要山呼万岁，这些既然已是平常之

礼，那就使其成文，要求人们必须照着去做。对前面说的六十岁以上的老人用调料多少碟的规矩，也这样来做。这样的效果和那仿效言谈举止的效果似乎没有什么明显的区别。为何非要叫别人“从其所行”？为何不能认为成文的东西在不失“温情脉脉”的同时，要比不成文的东西来得方便？

这个问题是个有意思的问题。

其实，国人在古时的法律实践中，已经将那些特别紧要的大礼一一记入国家法律。“以礼入法”已是中国古时法律思想中一个熟悉的说法。有些法律思想，发觉国家法律是不可扔掉的，而一些“大礼”也是十分重要，所以特别希望在成文的国家法律和官府的审判之中重礼隆礼。《荀子》说：“《礼》者，法之大分，群类之纲纪也。”[603]汉时董仲舒也说，“阳为德，阴为刑，刑主杀而德主生”[604]，“故刑者德之辅，阴者阳之助也，阳者岁之主也”[605]。而在唐朝，法律非常明确地规定了家里的长辈即便是把儿子孙子诬告了也不用吃官司、坐大狱，[606]根本不像今人所熟知的那样诬告必会反坐。这个法律正是那些理论的实践解说。就在董仲舒前后的时代，有个叫儿宽的官人审理案子，也是“缓刑罚，理狱讼”[607]。前一小节提到的蓝官人和陆官人的官府判案，也是“晓以大礼”，不厌其烦地左右调解。这些又都是那些理论的“身体力行”。进一步来说，如果将“礼”视为儒家学说的纲领，那么“二千年来华夏民族所受儒家学说之影响最深最巨者，实在制度法律公私生活之方面……”[608]

可是，无论怎样，礼制毕竟是繁杂多样的，几乎充塞了生活的每一角落，而且随着时过境迁它们也会有“制度变迁”。这样，在国家法律那类载体中运送它们，也就不是一件容易的事情。

另外，可能是特别重要的，礼制的规矩由于太贴近日常生活，不仅包含“情理”而且让人能够随机应变、灵活处置，如此，没有人的灵气也就不能驾驭自如了。而国家法律则有些僵化。只要法律条文中写下了“小辈见长辈要作揖叩首”，它便有个普遍适用的硬性要求。遇到小辈重病在身卧床不起，法律条文也就不好另外提到“小辈可以免了这套敬老之礼”。不成文的礼制当然方便了，因为，作揖叩首是一个“礼”，但是，“情理”却说小辈重病卧床这时可以免了礼。有病在身免了礼，自然是个无可厚非的事情。这就表明“情理”从来都是和礼相得益彰的，就像孟子说了“男女授受不亲”，而又可轻松自如地大讲“出手拉救落水嫂嫂在情在理”一样，“理”与“礼”自是相通的。这样相通的东西也只有靠人的灵便来驾驭了。

说到这里，我们也就更加不难理解为什么中国有些法律思想喜欢“礼制”的无字无文。

073　习俗惯例式的民间法

前面，我们已经讲了许多“礼制”的世界的内容。在中国法律思想的一些理论想象中，“礼制”的世界是自然和谐的。由于中国人的社会大体上是个熟人社会，人们总是擦肩而过，或者熟悉的面孔天天见到，这就使“礼制”更是如鱼得水，使“礼制”与社会水乳交融。可是说千道万，今人已经不太在意“礼制”的秩序了。在今人语汇中，“礼制”一词似乎已被大体切除，被当作古董列在了历史博物馆。反之，“国家法律”一词倒是轰轰烈烈，耀眼夺目。那么我们讲这“礼制”还有什么意义?

应该注意，“礼制”这一用词在古人那里既是一个理想世界的描述，又是一种思路的指示路标。就后一种意思来说它实际上是在指示任何意义的自然而然的社会秩序。大凡是自发生长的秩序，那类思路

就对其有特别青睐的欲望与嗜好。这个思路，在今天依然是非常重要的。我们可以发现，现今的中国法律思想的一些理论正是依照这个思路发“自然”之幽情的。

有一点首先应当提一下。今天社会不论怎样发展都可以让人看到一个有意思的景观：在各个阶层、团体、行当、社区里总有一些规矩会慢慢随着日子的增加而滋生、发育。比如，在今日的学校里就有一些校规，在工厂里有厂规，在俱乐部里有守则，在医院里有院规，在行会里有行规，在交易所里有商规……而在所有这些组织之内和之间，又有四处贯通、普遍适用的习俗惯例。这些规矩可说是千奇百怪、各有所异。它们和古人的“礼制”自然是有点联系的。梁启超说：“凡社会组织，总不能无长属关系。长即君，属即臣。例如学校，师长即君，生徒即臣。工厂经理即君，厂员即臣。”[609]但它们更多是与“礼制”有些区别。“礼制”通常是和人们的伦常道德相互联系的，而刚说的那些各色规矩倒通常是与人们的“利益”“方便”“信誉”“习惯”之类的东西相互联系的。所以，“礼制”的人情味道浓了一些，而后面那些规矩的味道则是杂上加杂了。

说起那些各色规矩，西方人对其早有讨论。比如，奥地利法学家埃利希（Eugen Ehrlich）就说，这些千奇百怪、各有所异的规矩在人们的实际生活中可是生生不息的，它们有时正是习惯的一部分，我们可以直接将其称作“活的法律”。“虽说活的法律没有在国家法律的条文之中占有一席之地，但是，它们是主宰生活本身的铁规矩。”[610]“如果有人要求一个刚从外国回来的游客去讲述他们结识的那些人的法律，自然会听到千篇一律而无区别的事情。游客会说到婚姻习俗、家庭过活、契约方式等等，只是很少会谈到法院审判所依据的规则。”[611]埃利希，正像我们已经建议过的，已经潇洒而又宽泛地使用了“法律”这个词。[612]

而这些各色各样的规矩，如果仔细考究一下，可以看出它们其中有些大体上和现代社会的“有动有静的世界”有着某种联系。现代人的一种习惯就是喜欢走南闯北。比如，今日的农民就想在大都市里“生根发芽”。而这是问题的一个方面。另一方面，到了一个新地方，现代人又不得不暂时“安营扎寨”，过上一段时间的稳定生活。到了学校就要读上几个月甚至几年的书，到了工厂就要打上几个月甚至几年的工，到了医院还要做上一两年甚至更多年头的医护人员……这几个月、几年，对于人际关系的熟悉作用来说自然是够用的了。

总的看去，这样走南闯北是一种从“熟人社会”走向“陌生人社会”，而在“陌生人社会”中重新建立“熟人社会”——即使是暂时，也是一个有趣的过程。以这样一种形式出现的新的“熟人社会”，和我们前面提到的中国传统的彻头彻尾的“乡土熟人社会”，似乎是小有区别。乡土的熟人关系有种草根的性质，它意味着原有的地域对人际关系的限定与制约，因为大家总是生活在一块土地上，这个土地又几乎是人们赖以生存的唯一资源，而离开这块土地就像断了线的风筝一样，乡土人一定会发觉自己的命运将是凶多吉少。有如学者费孝通所说的，在那些靠地谋生的人的眼睛中，“‘土’是他们的命根”[613]。除了这之外，那些乡土人待在一个地方一混就是几十年甚至上百年，这又仿佛是在告诉别人他们几乎是世代站在一块土地上。

可是前一种熟人关系就没有充满这样的草根性质了。它们之中的一些，似乎是“寄生”出来的，随着人群的变换移动而变换移动。就以那些学校、工厂、医院、俱乐部等社群来说，它们并不是非要待在一块土地上才能落脚生根。大凡有个屋子，有个院子，或者其他种类的临时空间，它们就能出现，就能将人凑在一起干番“大事业”。这种随人群变换移动而变换移动的社群，自然不大可能有世代血缘的亲情延续。当然，无论怎样它们终究是一种由陌生变熟悉的“熟人社会”。

现在，我们再回到“发自然之幽情”的问题上。现代中国法律思想的一些理论比较喜欢关注这些与传统草根社会不太一样的“熟人社会”。这类社会，当然包括现代的农村，那里也有乡办校、乡办厂、乡办医疗所、乡办俱乐部等等，就是那里的种地人也有了一点城市人的味道（比如喜欢城市人的服饰）。现代中国法律思想的这些理论喜欢在其中发掘自然而然的秩序。它们觉得，这类秩序可以叫作“习惯法”，也可以叫作“民间法”。不管叫作什么，这类秩序都是和国家法律不太一致甚至相互矛盾的。而就算是矛盾的，它们有时也是合理的另外一类“法律秩序”。

074　奸污后的私了

为了说明这种“民间法”的意思，我们先看一个具体例子。这个例子讲的是现代农村的“故事”，不是特别常见，可也不是特别少见。虽说这故事不是在讲学校、工厂、医院、俱乐部之类的社区，但在那里也是有可能出现的。

一个小伙子十分喜欢同村的一个姑娘，时间长了两人有了一种恋爱关系。一日约会，小伙子觉得姑娘颇为吸引人，于是有点控制不住自己。姑娘一方面害羞，另一方面也是觉得有点“过早”，所以不同意。谁知，小伙子还是强迫了姑娘。姑娘回到家将刚刚发生的“大”事告诉了父母，父母便到派出所把小伙子“告”了。

小伙子知道自己做错了，在派出所还没有抓自己之前便拉着自己父母来到了姑娘家希望私了。小伙子的父母说：“事情已经发生了，而且两人也是有感情的。让他们马上结婚吧，我们拿出三千元作为补偿，你们就去派出所申请撤销案件。”后来姑娘家同意了，只是要求补偿的价码再多一些：一万元。两家讨价还价最后以五千元“成交”。

事情谈妥了，姑娘家父母来到派出所，说事情查得更清楚了，是自家姑娘有些半推半就，所以不能全怪小伙子。派出所听后也就将案子押下了。更进一步的事情是小伙子和姑娘两人结了婚。说来两人的年龄都没有达到法定婚龄，可是两家人都有办法，找了熟人就把事情办成了。然而政府最后还是知道了那是“私了”的一个结果，接着就收回了结婚证。小伙子还是被抓了。[614]

中国地大物博、人口众多，仅仅农村人口的数字就有八九亿，何况这类事情还可能发生在农村以外的其他地方，如此，这样的私了怎能是凤毛麟角？问题倒是怎样去“解读”。

一般来说，我们会觉得乡下人法制观念淡薄。明明是“强奸”，严重地侵犯了女子的性权利，却还要遮掩甚至用钱私了。此外，用钱私了岂不会让有钱有势的人日后有恃无恐？今天强奸私了了，那么明天杀人越货、纵火烧房岂不也能私了？这样下去社会秩序岂不十分严峻？所以，要不遗余力地教育他们，告诉他们应该保护自己的权益或权利。这是一种看法。

另一种看法要比这种看法尖酸一点。有人会觉得，例子中这类人真是重要的事情上特别会精打细算。你说他们不懂法律，其实他们心里挺清楚的。对于干坏事的一方，起码他们知道案子报告到了派出所，派出所就会抓人，人被抓走了留着那些钱还有什么用？所以最好是拿钱去赎人。而被“强奸”的那一方也精明地算计过两个结果：一是嫁人之后又得钱，二是告发解气之后“人财两空”，因为，人反正是不“清白”了，钱更是谈不上的一件事情。两害相权取其轻。于是受害一方头脑清醒地选择了“明智”的结果。这类人肯定是些明白而又狡黠的人，低估他（她）们的智力等于是高估了自己的判断能力。所以，要强行用国家法律去约束他们、威慑他们，不能容得这般戏弄国家大

法的尊严。不能让他们私底下非法地进行交易。否则，便等于是容忍“盗财而予乞者，窃简而写法律，蹲踞而诵《诗》《书》”[615]。

这两类看法虽说有些不同，但是有个地方是一致的，这便是站在国家法律的立场上来居高临下地“鸟瞰”这个事例，而且假定了这一立场是不能质疑的，是一种“上帝”的立场。有意思的是这一立场一旦确定下来，这样的私了不论怎样看去都是不顺眼的。

075　愿望·“民间法”·“合理”

可是，在那个事例中，仍有一些问题值得我们仔细思考。先说第一个。对于被强奸的姑娘来讲，到底是将小伙子抓走而自己一分不得这个结果不错，还是自家得到一些钱后自己又嫁出去这个结果不错?小伙子被抓走了，这当然是让姑娘家出了一口冤气。可是小伙子一旦被铐上，姑娘自己“被糟蹋”的事情也就曝光了，总会使得左邻右舍传来传去。虽然同乡知道姑娘是被强暴的，可是贞操的旧观念使他们不会公平地对待姑娘。这也算是中国道德文化的一个“特色”。再加上没有钱财的补偿，被害人岂不是太因小而失大了?

另一个结果是像案子里说的，姑娘咽下了一口冤气，但是得到了一些补偿而且出闺成大礼了。这个结果有别扭的地方，然而对姑娘家总的来说是不吃亏的。一来可能没有外人知道，由此也就没有了“封建道德软刀子杀人”。二来小伙子到底是担起了男子汉的职责。这之外还有一笔补偿。如果姑娘家里原来就是清苦的，这补偿自然也就非常有用了。这个结果当然还是可以接受的。

对比一下两个结果似乎可以看出，从姑娘家的利益角度来说，国家法律好像并没有给她们带来她们所期望的结果，相反，那结果可能正是她们不太希望看到的。如果国家法律的本意是保护姑娘家的利

益，那么为什么结果实际上却是另外一个样子？像有些学者说的，我们不妨想一下：“为什么被法学家和立法者假定为人民的最佳保护的国家制定法会被这些受保护对象自愿放弃？”[616]

再说第二个问题。这个问题和第一个问题有一些联系。经过两家人仔细思考，最后由于姑娘家的算计起了决定性作用，这样的事情也就私了了。这类“商谈性质”的私了过程，其本身似乎说明两家之间使用了一个“隐性的”、有些看不清摸不透的解决纠纷的规则。因为像有的学者所讲的，它“在中国农村并非少数。考虑到这种方式的流行、经常和恒常，考虑到其在中国社会中实际所起到的维护社会秩序的功能，我们也许可以称那些潜在的、指导这一纠纷解决的规则为一种‘民间法’——在社会中衍生的、为社会所接受的规则”[617]。乡下人解决这类纠纷的办法当然是非常多的。比如，姑娘家可以找人对小伙子大打出手，然后叫男家赔礼道歉；或者“君子动口不动手”，请村里有头有脸的德高望重的人出来调解调解，由他提出一个“有分量”的主意定案；或者直接揪着小伙子游街示众，让他尝一下千人啐万人骂的滋味；或者就是像前面说的，两家人使用“讨价还价”的做生意的办法来个“权（这里当是指权利）钱交易”。这些方式，随着时间的推移以及人们的反复使用和默认，其中有些也就可能成为对乡民有些约束作用的民间规矩。在我们所说的案子里，似乎可以看出来，成为“民间规矩”的方式是“讨价还价”，而其他方式好像没有成为这样的规矩。有学者这样说：

……事实上，他们是在知道国家法律会制裁男青年的情况下，作出了一种充满文化意蕴的理性选择——合作规避国家制定法。这种选择虽然没有以国家制定法的规则作指导，但绝不是没有知识和规则指导的行为。他们选择的解决问题的方式显示出有一种文化和规则在起作用。否则，也许女青年会哭上几天，然后就忍了；也许女方及其家庭会选择报复，而报复的手段几乎是无限多样的。如果男方真的不知

法，他可能会对自己的所作所为不以为然，他甚至会来安慰女方，但绝对不会请求女方撤诉——其之所以请求撤诉是因为他知道他可能受到国家制定法的制裁。而之所以双方可能很快达成协议，也并不因为这种协议是“最自然的”或最合理的。因为，如果没有一些潜在规则的制约，解决纠纷的手段必定是无穷的…… [618]

而现在的问题就是：如果国家法律已经做出规定了，那么，为什么两家人最后还是选择了自己更喜欢的民间规矩？

前面提到的第一个问题和第二个问题都是十分重要的。它们说明，至少对于姑娘来讲，当偶然的强暴事件突然降临到自己身上的时候，她对自己的利益和期待有着自己的理解，而我们通常所说的国家法律倒不一定满足了她的愿望。假如在姑娘的眼睛里国家法律定出的解决办法不能令人满意，或者相反，那办法只是带来了进一步的利益损失（经济上没有及时的补偿而且姑娘的名声也受到损失），如此为什么不能理解一下姑娘自己的选择，理解她自愿接受的解决办法？

现在，我们再进一步说一下“民间规矩”的问题。在这个强暴的案子里两家最后选择了“讨价还价”的私了。为什么选择私了？因为私了在两家看来是个不错的选择。从两家的角度看去，私了这个民间规矩则是个好东西。将这里的意思反过来讲，私了的民间规矩符合了他们的意愿。进一步说，一个自发出现的解决纠纷的方式如果在村民看来是有益的，它就会慢慢成为一个民间规矩，如果没有益处它就会慢慢消失。像“大打出手”“调解调解”“游街示众”等，恐怕对一段时期之内的强暴以及被强暴的两家来讲就是不太有利的方式，所以也就不大可能成为一个民间的规矩。当然，在以前或者以后，随着人们的兴趣、观念和利益需求的变化，那些方式之中的某些也许曾经或者将会顶替“讨价还价”的方式而成为一个民间规矩。这说明，民间规矩之所以

可以形成，是因为它大体上来自民间一段时期的“合理”选择。这种“合理”当然至少是在一段时期之内，在出事的两家那里看来是“合理”的。

076　谁合理?

说到这里，我们就会遇到一些深层次的问题：应该怎样看待这些乡下人的“选择”，怎样看待他们的“合理”？我们是不是应该像前面第074小节提到的某些说法那样认为这些人的“讨价还价”，要么是法律上的愚昧，要么是算计上的狡黠（低级的）？可不可以认为乡下人在这件事上做出的选择，至少是因为他们不太清楚自己的真正利益或最佳利益是什么?

先说“愚昧”问题。对此，费孝通先生老早就提过一个十分有趣的事例。费先生讲:

乡下人在城里人眼睛里是“愚”的……说乡下人“愚”，却是凭什么呢？乡下人在马路上听见背后汽车连续的按喇叭，慌了手脚，东避也不是，西躲也不是，汽车夫拉住闸车，在玻璃窗里，探出半个头，向着那土老头，啐了一口：“笨蛋”——如果这是愚，真冤枉了他们。我曾带了学生下乡，田里长着包谷，有一位小姐冒充着内行，说：“今年麦子长得这么高。”旁边的乡下朋友，虽则没有啐她一口，但是微微的一笑，也不妨译作“笨蛋”。乡下人没见过城里的世面，因之而不明白怎样应付汽车，那是知识问题，不是智力问题，正等于城里人到了乡下，连狗都不会赶一般。如果我们不承认郊游的仕女们一听见狗吠就变色是“白痴”，自然没有理由说乡下人不知道“靠左边走”或“靠右边走”等时常因政令而改变的方向是因为他们“愚不可及”了。“愚”在什么地方呢？[619]

在这里，费孝通用一种巧妙的解构方式，颠覆了城里人和乡下人之间的“愚智对立”观念。换句话说，如果城里人认为乡下人是“愚”的，等于是在认为城里人自己是“愚”的。更为有意思的是费先生告诉我们，城里人和乡下人各自的想法是一类知识的区别，而不是智力高低的区别。城里人有自己的知识传统，而乡下人也有自己的知识传统。这知识传统就像城里孩子看书识字快点，而乡下孩子捕捉蚂蚱快点一样，谁也不能说谁更为机敏、更为伶俐。[620]

将这种想法放到前面提到的强暴案子里，我们似乎就可以这样认为，小伙子家和姑娘家做出自己的选择是在自己的知识传统之中“搜肠刮肚”“提炼精华”。他们对自己乡下的潜在规矩秩序有一种潜在的系统理解。既然他们在规矩秩序上有一套自己的知识传统，我们有什么理由从国家法律的知识传统角度去说他们是“愚昧”的？如果我们说他们是愚昧的，那么他们岂不也可以说我们不懂乡下人的生活疾苦、乡下人的需求利益、乡下人的柴米油盐，从而也说我们是愚昧的？更何况在那个案子里可以发现两家都是知道国家法律那些东西的，只是对其有些睁只眼、闭只眼罢了。他们并不是不知道“城里人”已搬出了国家的法律。

现在，再说一下狡黠这个问题。讲乡下人私了是一种类似“偷鸡摸狗”的动作，等于是认为乡下人在巧取一些不正当的利益。这种讲法虽说没有将乡下看得“愚昧”，但是依然像说他们愚昧一样。针对强暴案子里的姑娘家来说：

只要放在中国社会背景下，我们就可以发现受害人的法律选择是合乎情理的……受害人对违法者的复杂感情（否则受害人不会赴约），两个家庭也许先前有比较好的关系，而这种关系会因为违法者进监狱而被摧毁。……由于历史的影响，中国人对妇女的贞操非常强调，特别是在农村。中国文化的这一方面在某些时候会变成妇女的一

种沉重负担：一个性犯罪的受害者有时很难找到令她满意的男子同自己结婚，她的不幸经历有可能因其他原因被了解她的不幸经历的人们用来指责她。因此，如果她请求严格执法，她可能失去很多未来的利益……[621]

如果一个姑娘真是可能失去更多的合理东西，我们怎能断定，她就是一个“土气+狡黠”的人？即使就小伙子一家来说，似乎也不能认定他们就是“狡黠”。小伙子喜欢姑娘，一时“性”急，这自然可讲是犯了一个大错误。可是小伙子希望私了，是不是也在希望和姑娘有一个良好的将来？并且希望以此对对方家里做些补偿？不管怎样，小伙子和那姑娘是有感情的，小伙子的“粗举”和毫无感情的兽欲发作自然天壤不同。小伙子家里的那些人，当然也有可能希望用私了的方式来为两个年轻人找回一个将要失去的“小天堂”？说来说去，在私了问题上，乡下人并不一定那样狡黠。

说私了的两家人愚昧也好，狡黠也好，都在从侧面说他们不太懂得自己的真正利益或者最佳利益是什么。持这种观点的人认为：国家法律讲了要严厉制裁强奸，这是为了男女之间有个自然祥和的友善关系，为了保障妇女翻身得来的天赋权利。可是两家人尤其是那个姑娘家，就是不懂得这一点，非要私了。这就需要国家法律的引导或“教训”。

然而前面对于“愚昧”和“狡黠”的一番讨论，使我们起码可以看到问题并不那么简单。乡下人并不一定愚昧，并不一定狡黠，他们兴许恰恰最为理解自己的真正利益或者最佳利益。正是出于这一点，中国法律思想的有种理论便认为：

一种精英观点认为是这些人不懂得自己的最佳利益。这种观点是不能接受的，因为这种观点的隐含义又是只有受过法律训练的律师或政府官员才能了解其他人的最佳利益，因此这些人可以为他人作出选

择并规定下来。这种观点具有太强的威权主义的味道，如果不加限制，必定会导致在其他领域剥夺人们选择的自由；同时……法制的建立，尽管需要强制，但最主要是要得到人民的自觉遵守。[622]

077 “民间法”的同情理解·熟人

既然民间那些“小人物”对自己的利益有着“合理的”理解（当然有时不一定合理），那么，由他们慢慢选择的民间规矩或说“民间法”也就有了自己的合理地位。把话讲到这里，我们也就悄悄接近了一个为一般人所不大容易接受的有关“合理”的比较：民间法的“合理”与国家法律的“合理”。

提到国家法律是不是合理，似乎有些危言耸听。在今天人的眼光里，国家法律的“合理性”可是不容置疑的。民间规矩或者民间法那些东西是土生土长、自发形成的，有些盲目性。即使其中有些还算说得过去，但大多数却是因人们因循守旧才保留下来的陋习。国家法律则是有知识有文化的人精雕细琢出来的“大智”产品。

然而，我们可以看到这样一种言辞：

国家制定法是否总是合理的？这不是一个逻辑和思辨能解决的问题，而是一个经验的问题。而从经验上看，我们无法说国家制定的法律总是合理的。不仅历史上有大量例证表明国家制定法（而不是个别的司法结果）的不合理，而且当代的法律经济学或制度经济学分析（特别是公共选择理论）也已从逻辑上证明，即使立法程序再民主，立法动机和意图是好的，也无法使制定法获得这种普遍的合理性。否则，我们就无需强调建立和完善社会主义法制的问题，立法机关也就无需不断根据新的或变化了的情况而颁布、修订法律了。因此，当国

家制定法与民间法发生冲突时，不能认为，国家制定法总是比民间法优越。[623]

这番话的意思是说，国家法律也有瑕疵，它一“产生”下来难免先天不足或者后天“患病”。就算今日有了民主之类的立法程序，立法者也见多识广，制定出来的国家法律依然可能是顾此失彼的。如此，也就难说国家法律时时处处都要比民间法来得更加合理、更加有益。

而从民间法本身看去，它们“既生于人群之中，且用以调解人际间关系，靠人之行为体现和维持，自然在任何时候都不能脱离人，人的思虑、人的欲望、人的理性和人的情感”[624]。民间法“最终得以确立和流行，不能没有乡民之公正观念来支持。许多通行习惯中关于利益分配、损害分担的种种规定，乃经过长期利益冲突而逐渐形成，因此能够在很大程度上表明民众关于‘应然’的某些共识”[625]。换句话说，民间法倒是来自民众、生于民众，与民众自己的公正情感息息相连，所以就像日常语言一样与民众共相始终。

在这种情形下，当百姓私下选择了“民间法”，我们也就不能马上说三道四。从这个角度来说，对待民间法要有宽容的态度，要“理解”它们，“正视”它们，将它们也视为具有合理性的法律家族中的合法成员。如果国家法律和民间法之间出现了矛盾，那就看看它们谁能更加有益地解决百姓的疾苦，倒不一定非要否定民间法。

或者，我们至少要有这样的心态：在前面小伙子家和姑娘家之间发生的不愉快事件中，看看私了式的民间规矩是否应该具有它的一席之地。或者，像有学者建议的那样，“一般假定民间法更优，将更大的纠纷解决空间划给民间，国家制定法仅仅介入一些必须介入的领域……”[626]无论怎样，这就有如清朝末年沈家本说过的，应该注

意“人之情多积于习……习之成也，非一朝一夕之故。由积习而然，不究其习之所由成，而徒用其威，必终于威竭而不振也……”[627]

078　原有秩序·民间法的地方性

现在，再在我们说过的恋爱中的小伙子和姑娘之间的彼此关系中，看看民间法的滋生土壤。前面提过，不论是古人的“礼制”还是今人的“民约习俗”，它们大致依赖了一类熟人社会的关系。没有一些熟人关系的“土壤”，那些民间规矩也就是难以想象的。小伙子家和姑娘家之间显然是一种熟人的社会关系。“他们都生活在农村，相距不远，分享了地域的和文化的空间。这种限制条件使他们便于相互沟通、理解。更重要的也许是由于私了双方在这一纠纷处置之后还必须在同一空间继续生活下去，这一点迫使他们更乐意采取一种妥协、合作的态度。”[628]反过来，假如大家都是过路人，陌生得甚至言语都无法交流，那么用私了一类的民间规矩也就是不可思议的一件事了。这是说，“只要，我们设想此案的受害者是一位偶尔拜访农村的陌生人，例如是一位城市女青年或一位美国女青年，私了……活动就难以进行”[629]。

现代社会的熟人关系，虽说和古人社会的熟人关系有了一些区别，可是最终都是一种低头不见抬头见的人际关系。不单只农村那样的人际关系是这样，即便学校、工厂、医院、俱乐部一类的社区关系也是如此。我们似乎可以这样想象，那类强暴事件在农村可以有那样的处理方式，在后面的那些社区也有可能出现类似的解决方式。学校之间的师生关系，工厂里的工友师徒关系，医院里的医师和护士的关系，俱乐部里的会员关系，都会因为本身就是一些熟人的关系，从而在发生强暴的事件时出现类似的私了解决方式。当然，私了不一定就是赔钱结婚，它也可能是简单的、象征性的赔礼道歉，或者以其他方

式给对方一些补偿，等等。但有一点则可能是共同的，这便是并不一定非要求救于国家法律。

进一步说下去，在熟人性质的社区关系里我们不仅可以看到“私了”这种民间规矩方式，而且可以看到许多其他各色各样的“民间法”。中国法律思想的一些理论最为喜欢在这样的民间法之间转来转去。它们所以这样，自然是因为它们更为青睐这些熟人社区的原有秩序。原有秩序最为自然。而国家法律就不一样了。这样看去，民间法的赞同者一定会更为推崇梁漱溟的这番议论：

……如请老师，原来是为的咱不会，所以才请老师来教导咱；那么，既然请了老师，就应当听从老师的话，如果遇事我们都要多数表决，那还要老师有什么用呢？但是，或者有人要问：“多数表决虽然与尊师敬长的风气不和，那么，我们就不能把尊师敬长的风气改了来学多数表决吗？”在我看来这是错误的；因为尊师敬长在人类社会中是个必要……我们看看在社会上是不是有的人明白，有的人就差点？有的人知识多，有的人就少点？有的人德行高，有的人就差点？在这里既然是有高有低，那么，是不是：从个人来说，应当跟德行高知识多的人（师）来学？[630]

换句话说，在学校、工厂之类的社区里，人际关系总会自然产生一种师生、师徒的上下位置，这种位置变换不得，也是破坏不得的，否则秩序就会混乱，社区那种关系也就会最终消失了。这样，即使是发生了纠纷也要以这类关系作为解决方式的出发点。这才是正确之中的正确。

师生、师徒的关系，当然是一类原有秩序的例子，在这之外还有更多眼花缭乱的自然关系。强调熟人社区的原有秩序便是希望别人看到那些自然关系之中的自发规矩，并用这种方式提醒别人千万不要盛气凌人。这样强调，不仅是保护民间秩序的姿态表现，而且是设身处

地为国家法律着想的姿态表现。因为不论怎样，国家法律终究不能天马行空、独来独往，离开了民间秩序那些滋润的培育氛围，国家法律也是寸步难行的。仔细看看民间的“一草一木”，体恤民间秩序的“一景一况”，对于国家法律的运作也是别有助益的。

现在我们把这里的思路引向深入。

强调民间社区之内的原有秩序，可能会遇到这样一个问题：民间社区总是多种多样的，它们的秩序因而也是丰富多彩的，学校有学校的一套，工厂有工厂的一套，医院有医院的一套，村庄有村庄的一套，就是在同类的学校、工厂、医院、村庄也会有不同的自然秩序，如此，从大面上看去，民间秩序本身岂不有些混乱了?

这是一个十分重要的问题。不过，大凡对“文化”一词有点了解的人都知道“文化”是个非常多样的事物。着衣饮食可以“五彩缤纷”，语言用字可以“百花齐放”，思维谈吐可以“千姿百态”，其他各类生活方式都可不拘一格。而和“文化”有着密切关系的民间秩序当然也就是“各自为政”的了。中国法律思想的一些理论倒是并不担心这样的“大面混乱”。它们设想，如果大方地允许“各自为政”，那么那种情形看上去似乎混乱，实际上则是有条不紊、秩序井然的。因为，各个地方或者社区总会自我调节地在自己范围之内来个整齐划一。反过来，非要用国家法律，倒是可能带来表面秩序、暗中混乱的不妙局面。

说到这里，我们就碰到了“民间法的地方性”的概念。中国法律思想的那些理论把那种和文化多样性相联系的民间秩序的多样性叫作“民间法的地方性”。“地方性”就是各个地方自有一套，或用另外一种语词来说就是指秩序的“多元性”。有的学者告诉我们:

民间法具有极其多样的形态。它们可以是家族的，也可以是民族的；可能形诸文字，也可能口耳相传；它们或是人为创造，或是自然

生成，相沿成习；或者有明确的规则，或更多表现为富有弹性的规范；其实施可能由特定的一些人负责，也可能依靠公众舆论和某种微妙的心理机制。民间法产生和流行于各种社会组织和社会亚团体，从宗族、行帮、民间宗教组织、秘密会社，到因为各式各样目的暂时或长期结成的大大小小的会社，他们生长和通行于这些组织和团体之外，其效力小至一村一镇，大至一县一省。[631]

如果要用“多元”一词来说这里的意思，那么，“法律多元是两种或者更多种的法律制度在同一社会中共存的一种状况”[632]。

我们可以发现，讲民间法的地方性或讲法律的多元等于是含蓄地抵御国家法律的“中央性”和法律的一元。当然，这种含蓄的抵御不是彻底的排斥和对抗，而是强调了规矩秩序之间的“交往与对话”。如果我们记得前一小节提到的“合理”的问题，那么，似乎也得承认这类交往对话是可以的而且有时也是必要的。如此，我们也就来到了“平民自治”的概念面前，说得玄些，就来到了“法律民主”的概念面前。这也算是法律和民主相联系的一条思路吧。

079　“陋习”·宽容的姿态

前边，通过一件小伙子和姑娘的强暴私了的案子，我们在中国法律思想的范畴中讨论了不少想法和说法。在一般法律学子看来，那个私了是不能容忍的逃避国家法律约束的行为，对其参与者必须严加管教才是。但是，经过分析剥离，可以发现问题似乎要比这样的看法显得复杂一些，我们好像不能彻底否定那个“私了”。这是法律思想分析的一个奇妙之处。

现在我们将这个例子想象得更为富有争议性一些，看看还有什么另外的问题。

第074小节提到过一个反对私了的理由，这便是私了容易使有钱人有恃无恐、无恶不作，因为什么事都是可以用钱来解决的。现在假设事情还真是这样发展下去了。

这是说在那个案子里结局不是小伙子被抓走了，而是姑娘家根本就没有去派出所去报案，派出所不知道，乡间邻里也不知道。强暴的事情除了两家知道之外就是天知地知了。后来小伙子和姑娘的日子说起来过得还算可以。但是小伙子家里很富裕，小伙子到底又是一个乡里的纨绔子弟。日子久了他不仅忘掉了当初姑娘家是怎样原谅“放过”他的，而且看上了其他有点姿色的姑娘。又是那么一日，他和另一小女子勾肩搭背、说爱谈情，趁着一时“性”起将小女子强奸了。小女子虽说对小伙子有点感情，但是终究认定这是强奸，这样，哭天抢地发誓要到派出所报案。可是，又是小伙子一家全部出动到被害姑娘家赔礼道歉，并拿出许多钱表示“私了”。当然，这回只能是用钱私了了，因为无法再娶。而小女子家说来则是非常清苦，于是就答应了私了。而当妻子的姑娘这时妒心大起，心里又气又恨，想旧账新账一起算，可是最后还是让小伙子家用钱解决了。

几年过去了，这类事情也发生了几回，结局都是用钱私了了。当然，在这个过程中有些人帮助小伙子一家做说客。这些人总是劝说被害人：不私了结果只能是一来没钱入账，二来邻里关系也会变得紧张，这可说是没有任何好处，要记住无论怎样大家最终都是一个村的，“和为贵”才是最重要的。而姑娘们的家人见到钱了，又听了这番劝说，也就忍气吞声依此作罢。

可是许多父老乡亲后来议论：小伙子简直就是恶霸！更有一些未婚的小伙子对“小恶霸”又急又恨，实在担心日子再久点村里的许多姑娘都被“小恶霸”糟蹋了。

现在可以发现，“私了”这样的民间规矩，虽然可以缓解甚至平息一些乡间邻里的矛盾，可以使乡民之间的邻里关系不至于紧张起来，但是，毕竟让某些有钱人有恃无恐、无恶不作。而且，就是对于乡间邻里的关系来说，“私了”也不仅仅是有多利而无多害，无论如何，日子久了乡民就会有积怨，姑娘们也会日日担惊受怕，而对于那些未婚而又没有什么家当的小伙子来说，他们更是心中愤怒。这样下去，乡民关系恐怕就不是“祥和平静”的天堂关系了，秩序也难说是稳定的。

这说明民间规矩性质的一些“民间法”有时是具有“陋习”倾向的“民间法”。它们发展下去，有时可能就像“赌规”“嫖规”“陪葬”等一类初看去肯定不好的东西一样令人难以容忍。虽然“民间法”来自乡民的选择，但不能就此推论“民间法”对民间来说就是合理的。即便从乡民自身的角度观察，也可以发现许多自毁利益的民间规矩。

于是，我们就会遇到这样一些棘手的问题：哪些“民间法”是合理的，哪些是较为合理的？哪些纯粹是恶劣的“陋习”，而哪些看似合理而实质上却是“陋习”？应该说这些问题并不是容易解决的。对于民间自发生长的民间规矩，从不同角度看去，在不同人的眼睛中完全可以得到不同的“合理与不合理”的结论，尽管其中有些是不容争议的。

我想，中国法律思想中喜欢研究“民间法”的那些理论，知道而且清楚那些可以被冠以“陋习”名称的民间规矩的存在，知道对“民间法”网开一面，并不意味着应该对“陋习”不闻不问，并且知道像“私了”那样的东西，日子久了或者越来越多了，对百姓来说并不一定“利大于弊”。那么，它们为什么这样重视“民间法”，不惜冒有被人指责支持陋习继续存在这样的风险？说到这里，我们可能就会深入到一个更有意思的思路上去。这就是宽容的姿态。

大致来说，民间规矩的“合理与不合理”不是一件容易断定的事情，即使其中一些规矩可以被毫不犹豫地归入“陋习”范畴，但是大多

数是不能这样的。一方面，民间规矩只要是发生发展起来了，总有些自然的道理可说，对于百姓而言总有些利益可说。这样，宽容一些等于是尽量尊重民众自己的选择和观念。另一方面，大凡是民间规矩，如果像前面“私了”那样，慢慢带来了更多的“威逼利诱”“仗势欺人”，那么它们也会慢慢从有到无、从兴到亡。这是优胜劣汰的一个规律。多数平民百姓自然不至于无法清晰明了这点。如此，宽容一些也就是相信民间的自我调节能力。再往根本上说，宽容也就是防止在秩序的范围内出现一个自诩“绝对正确”“无所不知”的上帝代言人，好像只有这样一种人才知道什么是“利益”“正确”。当然，给平民百姓多讲点别人所想所虑的道理也是有些益处的，也可使他们更为顺利地做些优胜劣汰的事情。但是，这终究需要以相互理解为基础进行交往和对话，而不是强加于人、盛气凌人。

小结

我们反复提到过这样一个观念：最好将“法律”这一用词看得开放一些，将它看成不仅包含了国家法律而且包含了古时的“礼制”和现时的“民间规矩”。中国的社会比较独特，从远古开始人们对法律的看法就是多种多样的，这在引言中已经说过了。在这样一种观念之下我们讨论了“礼制”和“民间法”的世界，在那些世界中人们的关系兴许不是平等的，甚至不是“公平的”，我们看不到法家喜欢的“凡事整齐划一”的景观。但是，没有“整齐划一”的境界，甚至丢失了一些“平等”“公平”，倒并不一定意味着没有祥和融洽的小天堂。

重视“礼制”和“民间法”的规矩是想尽可能地顺从社群里面原有的秩序关系。这些关系不是说改就改、说变就变的，它们自有一套自我调节、自我生息的秩序机制，只要人们都想在这其中生存过活下去。

从另一角度看，民间规矩也有陋习的倾向，这种倾向发展下去即使是对循规蹈矩的人们来说也是不好的。我们所谈的那个“私了”是个例子。可是大凡自发生长的规矩秩序总会有其道理可说可循，而且优胜劣汰的规律也会暗中发挥“理性机巧”（黑格尔语）的作用。于是在民间规矩之外的人便需要对其中的人多些宽容和理解，尽管是交往对话掺杂其中的宽容和理解。

第七章　法与人

在前边我们说了两个包含规矩秩序的世界，一个是国家法律的天下，一个是民间礼俗的天下。它们之间有着极其重要的区别。人间百般多样，不仅规矩世界本身各有不同，而且看待规矩世界的人们的口味也存在差别。如果和前面讲的“工具论”联系起来，自然容易理解，重视国家法律这个工具也就重视这个工具所指向的目的世界，而重视民间礼俗那个工具也就重视那个工具指向的目的世界。

现在，我们再谈另外一个理想世界。这个理想世界有些特别的地方。一来它不是什么用笔写出来的规则世界，像国家法律那样；二来它又不是什么“身体力行”的规则世界，像民间礼俗那样；相反，它倒和人自身的精神夙愿存在一种内在的勾连。因为，这里的“人”是出现于法律背后的人。其实，在前面“工具论”里讲过一些“交替使用”或“两手都硬”的折中“工具”，[633]从那个意思说开，自然也就走向了法律背后的人的精神世界。

080　“名”与“实”

首先应该注意，不论强调国家法律的世界，还是强调民间礼俗的世界，都包含了一个不自觉的前提。这就是把规则秩序看作一个“异化”的东西。这里的“异化”是说人们自己砌造出来或者供奉出来一个对象，久而久之它倒成了束缚人们自己的一种“外物”，就像人们想象出一个“神”来自己最后还要被“神”牵着走一样。西方人就曾有谚语说：在上帝后面愿意者自己跟着走，而不愿者则被拉着走。这也许是个典型的“异化”。如此说来，“异化”是个贬义词。不过，在这里笔者是用

褒义的心态来用这个词的。笔者想说明，人们乐意认为规则制定出来或在民间自发形成了，就要读读它们，看看它们，将它们视为自己身体之外的统治之物。因为，这时的规则有了自己的意思和自己的一套理路，那些意思和理路已经牢牢地固定在了规则本身的外壳之内。这就有如“神”有了自己的意旨。所以，重要的是规则本身是怎样的，而不是读规则看规则的人是怎样的。说起来在许多法律理论那里，这是一个颇有作用的潜在话语意识形态。

谈论规则本身如何，在古人那里，有时是以“名”与“实”的说法来表现的。“名”大体是指语言中的一些词语，这些词语可用来当作标签贴在一些事物身上，像“书”一词就可用来贴在印有文字而且随时可以翻阅的那个对象身上，而“好人”一词就可用来贴在令人赞不绝口，而且看上去令人尊敬的一类人物身上；而“实”倒是指称我们人可以看到、想到的实实在在的身外之物或者人的行为的一些属性。我们会看到“香花”“毒草”“房子”“衣服”“狐假虎威”“孤胆英雄”等等。这些外在的东西和做法有一定的属性。

有些古人非常相信，只要“名”正了，什么物什么事也就都不会出现混乱。比如，是个“香花”就要说个“香花”，不能说成是“毒草”，而明明是个“狐假虎威”，就要说个“狐假虎威”，不能说成是“孤胆英雄”。“善名命善，恶名命恶……以名稽虚实，以法定治乱。”[634]否则，做起事来肯定会是非颠倒。古书《潜夫论》里讲过一些传说，那些传说表明的正是这样一个意思。

先看第一个。春秋战国时期，有个人不太明白“盗”字和“殴”字的意思，只是觉得“盗”字和“殴”字读起来十分顺口，于是就把自己的大儿子叫作“盗”，把自己的小儿子叫作“殴”。一天，大儿子跑出去干活，做父亲的有急事想告诉他，便在后面追赶，边追赶边喊：“盗、盗、盗！”碰巧的是旁边正好有几个官兵在巡逻，官兵听见“盗”的喊声

立即上去抓住大儿子。做父亲的见状特别着急，想让小儿子和官兵说个清楚，可是一时情急不知说什么是好，只是大喊：“殴、殴、殴！”官兵听到“殴”字，以为是要痛打大儿子“盗”的意思，这样跟着就是一通拳脚棍棒，险些使大儿子送命。[635]

再看第二个。也是春秋战国时期，有个人把自己的仆人叫作“善搏”，把自己的看家狗叫作“善噬”。这“善搏”的意思是能闹擅打，而“善噬”的意思是能撕擅咬。可当家人就是不知这些含义，结果自己家里多年没有宾客上门。最后问了别人，当家人才知道其中的关节。[636]还有一个传说也是非常有趣的。它讲春秋战国时期的郑国人将未经雕琢的玉叫作“璞”，周地的许多人却将未被晒干的老鼠叫作“璞”。周地商人喜欢到郑国去卖老鼠，可是生意屡屡失败。原因则是非常简单：因为郑国人一听到“卖璞”就拥挤上来，可是每次见到的都是没有晒干晒透的老鼠，日子久了郑国人再见周地商人便认为周地人又在那里招摇撞骗。[637]

《潜夫论》说，这些麻烦以及混乱都是因为“名实”不符。所以，“善名命善，恶名命恶。故善有善名，恶有恶名”[638]。而《管子》早已讲过：“名实当则治，不当则乱。名生于实，实生于德，德生于理，理生于智，智生于当。”[639]孔子也说过：“名不正，则言不顺；言不顺，则事不成；事不成，则礼乐不兴；礼乐不兴，则刑罚不中……”[640]汉代大儒董仲舒更是提到这样一个意思：“欲审曲直，莫如引绳；欲审是非，莫如引名，名之审于是非也，犹绳之审于曲直也。”[641]

显然，在有些古人看来，“名”是十分重要的。“名与法盖不可离，故李悝法经，萧何汉律，皆著名篇。而后世言法亦号‘刑名’。”[642]这样，在白纸黑字的规则或者“身体力行”的规则里首先就要将“名”说清楚、摆端正。这件事情做到了，一切也就可以顺利展开了。反过来，

就会像《荀子》所说的："……名实乱，是非之形不明，则虽守法之吏诵数之儒，亦皆乱也。"[643]

而在今人看来，强调"名"就是意在准确订立规则。如果面对着白纸黑字之类的规则，就要在其中准确地遣词造句，该用雅词的就用雅词，该用俗词的就用俗词。而对"身体力行"的规则来说则要用准确的辞藻，说清它们的各种含义或者各种意思，用好词来说好的规矩，用贬词来抑差的规矩。这样，好的规则也就可以畅通无阻了。面对这样的规则，这时候无论是谁都可以读清楚、看明白，而且容易遵照要求去做。接下去的结果自然就是人们的行为井井有条了。

081　何为"士"?

但是，大凡涉及"名"，总有普遍性的问题。这是说"名"这类东西总是表达一个一般的意思。既然表达一般意思，那么就和具体的东西时有互不衔接或者难以衔接的困难。因为，具体的东西总是千奇百怪，相互区别，而这种区别"夸张"到一定程度就会使得人们不易判断、难以归类。比如"盗"是指"秘密窃取"的一类行为。但是即使同属"秘密窃取"，具体的行为也会各有不同。有人盗物，是心怀恶意占有，他面对他人辛劳所得的财物，总想着如何才能不劳而获以饱私囊，这是非常缺德的。而有人盗物，则是出于迫不得已的缘故去救亲人或友人于危难之中，比如偷友人想用来自杀的刀。后一个"密取"似乎可以叫作"助人为乐"。在这里就难以将后一个行为真的称为"盗"了。

我们看一段古人的"对话"。这段"对话"也在暗示这个困扰。

《吕氏春秋》记载，战国时齐湣王特别喜欢"士"。"士"在今人看来大概是指很有知识素养而且品质不差的练达贤人。可是，齐湣王似

乎不太懂得“士”的意思，由于不懂便找来一个叫作尹文的学问家询问。齐湣王说：“寡人最为喜欢士，但是齐国很难找到一个士，如何是好？”尹文说：“您是否实际上想知道一下何为士？”齐湣王抿嘴笑了一下，说了声“是”。尹文见齐湣王比较虔诚，便从侧面讲起了“士”的意思。

尹文说：“假如有个人侍奉父母很孝顺，侍奉君王十分忠诚，结交朋友也讲信用，住在乡里更是爱兄长，那么这可叫作‘士’了吧？”齐湣王答道：“这是地道的‘士’了。”尹文接着说：“如果您遇到了有这四种品性的人，是否愿意重用？”齐湣王没有犹豫地回答称：“当然愿意重用。只是现在找到一个‘士’非常困难。”尹文话锋一转说：“能否找到那是下一步的事情。现在有个问题还是没有解决。假如这类人在大庭广众之下遭人侮辱，却丝毫没有争斗的意思，那么您还愿意重用他吗？”齐湣王听来觉得意思有些不对，便说：“是‘士’的话就应该有男子汉大丈夫的气概，凡事意志坚强。遇此侮辱却甘愿受辱的人也就不是寡人愿意重用的了。”尹文一笑，将谈话引入了一个自我否定的方向：“虽说不去争斗，可是他也没有丢掉作为‘士’的四种品性。既然没有丢掉作为‘士’的四种品性，也就没有失去所以为‘士’的那个根据。您一边说要重用，一边却说不行，这不等于开始承认是‘士’，后来否认是‘士’？”齐湣王此时真是有些不自在了。[644]

在这段对话中，尹文当然是有些拐弯抹角。但是这段对话的确也在表明，“士”一类的名称真正用起来也是颇为麻烦的。至少不同的人在不同的场合，对什么才是“士”的范畴就会出现不同的意见。深入来说，人们对于“名”一类的东西会有各自的理解。因为人都是有不同文化背景的，读不同的书，吃不同的苦，有不同的见识、遭遇，这就会使每人具有不同的思维方式和理解方式。这样，不同的人见到一个东西会有相同的理解，有时倒是一件奇怪的事情。

难怪孟子这等贤人都有类似尹文“左右皆是”的一番作为。《孟子》记载：

齐宣王问：“商汤放逐了他的国君夏桀，周武王讨伐他的国君殷纣王，有这事吗？”

孟子回答：“记载上是有的。”

齐宣王再问：“做臣子的杀死君主，这也合乎仁义规范？”

孟子说：“践踏仁道者叫‘贼’，背信弃义者叫‘残’，两者兼而有之的就叫独夫了。所以，我只听说过周武王为民除害，没听说过那叫犯上作乱。”[645]

我们把话说到这里，是想将思路引向这样一个方向：规则，不论是白纸黑字的还是“身体力行”的，大都和“名”有着密切联系，用今天人们熟悉的话来说，规则都是普遍性的或讲一般性的，可以将它看作一般性的“语言表述”的网络编织，而这样的网络编织在不同人的眼睛里就会呈现出不同的纹路和结构。换句话说，规则的意思最终可能是由阅读规则的人来决定的。在前面第042小节，我们提过令人头痛的法律解释问题。在那里，我们已经领会了一般性的法律规则用到具体的人和事上是如何棘手，甚至令人不知所措的。而且，更为紧要的是，那种法律规则的适用过程最终是由人来决定的。一个规则说了“不能偷东西，否则就要严加惩办”，而当一个“顺手牵羊”的疑犯被送到了这个规则面前，决定疑犯命运的权力最终也就握在了解释适用规则的人的手里。就像前面的“士”的意思这一问题一样，你说是“士”那就等于是“士”了，你说不是那也就不是了。“顺手牵羊”是否为“偷”，也都依赖你的解释。何况有了权力，规则的意思也就更在你的手中了。

《淮南子》说：

水虽平，必有波；衡虽正，必有差；尺寸虽齐，必有诡。非规矩不能定方圆，非准绳不能正曲直；用规矩准绳者，亦有规矩准绳焉。[646]

当然，可能有人会说，不能这样极端怀疑式地看待规则解释的问题，毕竟，在不少的情况下规则是不用解释的。如果不论春夏季节还是秋冬季节规则都要解释，那么，人们似乎也就不会制定规则了，倒是觉得抛弃规则直接用人来得更加顺当一些。

可是，要注意，虽说有时人们似乎不用解释规则而将规则直接适用了，但是那倒更为可能是因为大家对规则是没有争议的，而不是因为规则本身的意思是明确的。我们生活在一个特定时空里，有时总会形成部分相同的看法，通过这种看法就会共同认为一种东西就是一种东西。就国人妇女裹脚这件事来讲，以往妇女裹脚是个规矩，在相当一段时间里人们对这个规矩没有什么争议，因为，许多人都认为“三寸金莲”是美的。可是，偶尔出现了个别妇女脚骨患病、一裹脚就会有截肢的危险，人们心里和头脑里就会有些变化，就会争论这个规矩是不是应该再用在她们的身上。而到了今天，时过境迁，已经没人再认为妇女裹脚还是一个规矩，在年轻人看来，裹脚更是匪夷所思的。如此，我们也就不必谈论脚骨患病的妇女应否裹脚这件事了。这个规矩在人们的看法里已经彻底改变。

规矩或说规则的意思，还是存在于“阅读者”的心里和头脑里。

082　法律背后的“人”

经过对“士”以及其他一些问题的一番解说，我们便来到了法律的背后。在这背后，读者也就看到了至关重要的决定规则意义的“人”。前面第042、080小节提到了有些古人特别相信规则有自己的意思和理路，但是，仔细琢磨起来，问题好像并非那样简单。在更多的情况下

倒是外人决定了规则具有什么意思、具有什么理路。这也可说“横看成岭侧成峰”。

在前面第014、015小节，我们还谈到人性恶的问题。在说人性恶时，我们讲了如果认为大多数小民百姓以及小官小吏本性是恶的，自然没有理由认为某些少数人就不是性恶的。中国法律思想的一些理论以为小民百姓和一般官吏是性恶的，但又以为帝王将相之类的达官贵人和说人性恶的那个学问家就可以另当别论。然而，认为人性是恶的，好像也就没有理由认为有人可以不是性恶的……在这里，笔者当然不是想要重复性恶性善那个意义不大的问题，而是打算将人性恶的问题和前面规则解释的问题联系起来，来说另外一个问题。另外一个问题是讲，我们似乎可以这样想：如果所有人都是性恶的，就是那些决定规则最终命运的达官贵人也是性恶的，那么，规则本身的命运岂不更为严峻了？到了这一步，到底规则本身是重要的，还是“人”是重要的？到底规则的意思是在规则本身，还是在“人”的手里（毕竟人性恶时解释者就可能恣意解释规则）？

除了性恶这个问题，在前面第019小节，笔者还提到了“关键”官吏谋反的问题。在那里可以看到，“关键”官吏——掌握重要权力的人——对国家法律的基础举足轻重。如果“关键”官吏谋反叛逆了，国家法律自然就会风雨飘摇、无影无踪。现在，规则本身的意思有赖于人的理解和说明，这样的话，“关键”官吏的谋反有时岂不可以冠冕堂皇地称为“依法办事”“为民除害”了？因为，他们可以声称自己的一举一动都和自己所理解的规则意思完全一致、绝无相悖，而自己所要惩处的“犯罪”已经“乱法”了，就像前一小节孟子那般说明商汤、周武一样，自己做出一番自己的解释说明。

正是由于这些道理，中国法律思想的一些理论特别将人们的视线拉向了法律的背后，把法律背后的这“人”那“人”推上了法律思想的前

台。

《荀子》讲：

有乱君，无乱国；有治人，无治法……故，法不能独立，类不能自行。得其人则存，失其人则亡。法者，治之端也；君子者，法之原也。故，有君子，则法虽省，足以遍矣；无君子，则法虽具，失先后之施，不能应事之变，足以乱矣。[647]

所以，“……有良法而乱者，有之矣；有君子而乱者自古及今未尝闻也”[648]。“能当一人而天下取，失当一人而社稷危。”[649]也正如孟子所说的，“徒法不能以自行”[650]。

汉代有人说过类似的见解：“……公族不正则法令不行。”[651]宋代的王安石则是提过，“理天下之财者莫于法”，可“守天下之法者莫如吏”。[652]而时日到了今天，也有学者以为任何法律都是靠人来执行的，“脱离开‘人’来谈‘法’的作用，是不妥当的”[653]。

就是那个“法”字从来不离正文的《商君书》，也有一套由“人”到“法”、再由“法”到“人”的奇妙论说。它讲：

民众而无制，久而相出为道则有乱。故圣人承之，作为土地货财男女之分。分定而无制不可，故立禁；禁立而莫之司不可，故立官；官设而莫之一不可，故立君。[654]

虽然《商君书》最终像许多法家的说法那样将君王抬到了至高无上的地位，但是，法律之上依然还有很多大小官人，没有官人，法律就是徒具其表。毕竟法律的命运掌控在官人的手里。这样，法律背后的官人自然要比法律本身来得重要。

前面的“法律”，大多是讲国家的法律。可是说起法律背后的“人”，当然也要联系礼俗那类民间的“准法律”。对那些准法律来说，背后的“人影”依然重要。读者一定记得，我们提过孟子如何巧释“男女授受不亲”这个大礼，去讲明嫂嫂落水的时候拉手去救并不属于犯礼破规。孟子的确是讲，这时不去伸手拉人一把，就是禽兽不如，出于权宜之计就要“出手”。[655]但是，孟子的弦外之音可能也是包含了这个意思：救嫂嫂于落水之中并不属于通常所说的“异性接触”，准确来讲并不属于大礼所说的“异性接触”。因为，大礼所说的“异性接触”是一般的异性接触，根本没有包含“在危急时刻救人”的异性接触。所以，说权宜之计是可以的，说与大礼没有关系也是过得去的，尽管这里可能有些牵强附会。如果真是可以这样解释，那么解释“礼制”的人又比“礼制”本身更为重要了。当解释者是些民间权威的时候，这等重要将是要害之中的要害。

083 “权力哪吒”和“权力菩萨”·法律职业独立的隐喻

上一小节讨论了法律背后的那类“人士”如何重要。当然，这里需要明确的是，这类背后之“人”主要是指法律范畴之内的权威人物。从国家法律的角度看去，权威人物是说司掌法令的大小官人，在今天他们包括了法官、检察官、警察之类的“权力哪吒”。而从“礼制”之类的民间习俗的角度看去，权威人物是说司掌“民间法”的大小头人，在今天他们包括了族长、村长、社区“领袖”之类的“权力菩萨”。中国法律思想的一些理论在讲法律背后的“人”的时候，目光正是指向了这些权威人物。

现在，我们先在国家法律的范畴和民间法律的范畴之间做个区分，然后，深入思考一下那些权威人物的文化意蕴。

一般来说，国家法律有个统一性，而民间法律则是有个地方性。国家法律在时间和空间的两个向度上都是特别强调了统一一致。而民间法律则是松散的“星罗棋布”、特色各异。就在一个国家来讲，国家法律喜欢将触角延伸得无孔不入，而民间法律则是喜欢画地为牢。于是地域性的文化色彩在国家法律的身上显得浅显清淡，而在民间法律的身上倒是显得深厚浓重。由于这样一些特性，不论是山乡、水泊、草原、街区、社团，国家法律都试图跨越其上，不希望而且也不允许有个你差我别、各自为政。而民间法律就是“宽宏大度”了，在山乡有山乡的，在水泊有水泊的，在草原有草原的，在街区有街区的，而在社团就有社团的，民间法律没有意图而且没有力量要在所有地方“一统天下”。

如果真是这样，那么那些不同种类的权威人物就有了不同的角色意蕴。

可以感觉到，只要国家法律有了“统一雄心”，那个范畴中的“权力哪吒”就会形成一个人数众多的“专职”阶层，毕竟国家法律的强制推行需要取之不尽、用之不竭的人力资源。在前边第062小节，我们略微讲过法律职业的独立问题。在那里说过了法律职业的权力独立和“知识”独立，说过国家法律的主人如君王，因为精力有限、时间有限，故而也只好将更多的日常法律活动交予衙门里的大小官人独立地办理。在这里需要稍作另议的是，国家法律的统一“意愿”，是会默默地造就一大批人数众多，而且慢慢具有独特“法律知识”的职业阶层的。国家法律的白纸黑字越是“丰富”，那个职业阶层越是膨胀发展。当然，在国人的古代社会里，承载独特“法律知识”的“法律职业”是一个难产的婴儿，那婴儿至今是否产下了也依然是个没有结论的事情。但是，大批操管法令的“官方”人士的出现已是不争的事实。国人的“权力哪吒”已经掌控了国家法律的王国，反过来，国家法律的王国本身也需要

这样“清一色”的“权力哪吒”。当国家法律的条文字句汗牛充栋的时候，这样的人力需求更是不在话下。

在民间法律的圈子里，事情就是另外一个样子了。村里会有村长，族里会有族长，“社”（指社团）里会有“社”长。在那些区域里，零星的“权力菩萨”已是够用。各村兴许有不同的村规，各族兴许有不同的族规，各“社”也许又有不同的“社”规，选个头目出来当然已经绰绰有余。在那些头目之间无须相同的“法律知识”和观念。那些村规、族规和“社”规在一个特定地方也不会多得数不胜数。这样看来，“权力菩萨”就像民间法本身一样会有地方性而且是零散的。

这番对比下来，我们似乎可以得出一个进一步的结论：国家法律范畴中的大小“权力哪吒”，和一般平民百姓的距离是远的，和君王的距离也是不近的。而民间法律范畴中的“权力菩萨”，倒和那些小民庶人关系密切，和君王却是不远不近的。这样的话，讲法律背后的“人”似乎就应多讲而且大讲那些“权力哪吒”，他们在国家中的地位实在太重要了。

提起国家法律背后的“官方”人物，虽说他们实际上在法律王国中有些“独立”的意思，但是，在中国法律思想的一些理论里他们还是不够独立的，毕竟，君王如果想要干预的话便能干预。君王就像法家所主张的，“因任而授官，寻名而责实，操生杀之柄，课群臣之能”[656]。此外，在中国古时的衙门官人身上，各类权力也是分得不清不楚，就以县级官来说，他既要做今天县长做的事情又要做今天法院院长做的事情，即便山高皇帝远，君王鞭长莫及，行政权力和司法权力在县级官那里依然是合二为一。西方人和今天的国人把这叫作“诸权不分”。因此，中国法律思想中的有些理论就想“陈仓暗渡”，一方面叫官员稳健地独立起来，另一方面又使官员出现职权分工，从而让“法律专职”那样一个阶层在实际和理论的两个方面像模像样。

《孟子》里有段记载，提到孟子早就说过一些略有这样意思的零碎言词。孟子说：

今有杀人者，或问之曰：人可杀与，则应之曰：可；如彼曰：孰可以杀之。则将应之曰：为士师则可以杀之。[657]

可以看出，孟子有点“专权专用”的意思，他模糊地想说“不是凡官即可处决杀人犯”。这就是粮官管粮草，文官掌笔墨，畜官赶牛羊，而刑官才可以负责断案审狱。就是在君王那里他也不能随意干预过问，甚至自己做出决定。

汉代有人说，骏马可以日行千里，但是论起捕捉野兔它就无法和豺狼相比了，这是因为技有所异、各有所长。猫头鹰这种动物在晚上可以“心明眼亮”、拿捉蚊蚤，可在白天就是“寸步难行”了，有时就像一头猪一样只知吃睡。这说明晚上有能力并不意味着白天也是如此。所以，“古之为车也，漆者不画，凿者不斫；工无二伎，士不兼官，各守其职，不得相奸……”[658]如此说来，官人就不能手拿各种权力、身兼数职。到了晋代有个叫刘颂的也认为：“天下万事，自非斯格重为。故不近似此类，不得出以意妄议……”[659]这也是在说为官者什么事做起来都要恪守本分，不要多管闲事。

从近代开始，西方人的学说慢慢浸入国人的法律话语。学者讲这是“西学东渐”。而在法律上洋人喜欢分权制衡、司法独立，凡事都认“各司其职”。于是，那些在西方留学过或读过西方书籍的国人对西方人的这些思想便是特别信赖。清末沈家本说，司法独立太重要了，所以“东西各国宪政之萌芽，俱本于司法之独立”[660]。另有十分出名的严复也说：“所谓三权分立，而刑权之法庭无上者，法官裁判曲直时，非国中他权所得侵官而已。”[661]还有人对西方人的分权设计大加

赞美，认为西方“定法、执法、审法之权，分而任之，不责一身，权不相侵，故其政事纲举目张……”[662]

上面提到的这些言说，尤其是后面受到西方人话语左右的那些言说，是想让掌管法令的法律专职人士把持法律王国的各个要害之处。一方面，这是由于相信人人做事都是只“能”其一、不“能”其二，“长于政教者未必能深通法律，长于治狱者未必为政事之才，一心兼营，转致两无成就”[663]。另一方面，这是担心一个人或者一个衙门手里掌握着各种权力就会专断腐败，似乎历史的经验已经彻底表明英国人洛克的说法：“谁认为绝对权力能纯洁人们的气质和纠正人性的劣根性，只要读一下当代或其他任何时代的历史，就会相信适得其反。”[664]

以这种观点来看，不将立法权和司法权分开，让法律专职人士独立地司掌法律，就会无法看到“法律的统治”了。

但是这样一种观念无形中更为加重了“法律背后的人”的问题的严峻性。这是说，那些司掌法律的专职人士即使名义上并不拥有那种独立的权力，也可能已经暗中操纵了法律的王国，毕竟，他可以在断案之时决定法律文字的意义（除了个别君王的强行干预）。现在，让他“名正言顺”，冠冕堂皇地彻底在权力上独立，那么也就等于让他的暗中操纵变成了“明火执仗”。

084　为人·研习·礼法

当然，像孟子那样的聪明人知道“法律背后人”的问题，因为他还说过：“徒法不能以自行。”[665]这样讲来，孟子虽说过处决杀人犯的事情是刑官的专有职责，但是，心里依然记着“背后人”的本身之重要。实际上，中国法律思想的一些理论包括前面提到的一些喜欢司法

独立的学说，也都像孟子的观念一样，眼睛最终还是盯在了“背后人”的问题上。

如此，我们又回到了法律背后的“人”的主题。

回到法律背后的“人”的主题，等于是来到了人们习以为常，然而又不太知其紧要的“贤人”观念上。说起“贤人”，今人有时觉得那是一个“人治”的问题。追求“贤人”也就是追求衣食简朴、为政廉洁的“清官”，而不是考虑用制度、规则来约束人的所作所为，这是一个忘掉“法治”、只知贤君的过于迂腐的梦中理想。可是，前面几小节，已经反复地表明了在法律或者法治的背后又是一个“人”的问题。这“人”，是你想躲都无法躲开的。我们甚至可以这样讲，如果仔细分析所谓“法治”和“人治”的实际操作细节，也可以发现两者的界线似乎不是那么明显的。因为，法律规则的意思至少有时正是有赖于有权力解释规则的那些人的爱好。有人可能会想，人们可以设立一个法律的监督机制，这个机制可以监视那些有权解释者。当他们不诚实或者滥用权力解释法律，就让监督者对其加以惩处。这样，“法治”和“人治”的界线就可以一清二楚了。可是，有时解释者不是不诚实，不是滥用权力，只是对规则有自己的理解而已，这时，有什么标准可说其解释是不对的？监督者这时能说自己的标准就是对的？此外，更为紧要的是，谁来监督监督者？谁能说清监督者的解释不是监督者自己的爱好和理解？依照法律去监督别人的监督者，能划在“人”的范围之外（如果人性是恶的）？

当然，在这里讲“人”，终究不是讲法律之外的英明圣贤如何高人一筹，而是讲法律之内的“人”如何自我约束这一问题。也可以这样表达这里的意思：有时，有些人（其实是极少的）会主张抛弃法律的贤人统治，认为这是一种不折不扣的过时的“人治”观念；可有时，有人却思虑如何围绕法律而旋转贤人统治，这就不一定是个过时的“人

治”观念了，相反，那思虑倒是有些关注如何使法律变得更为扎实，更为实用。

应该这样讲，中国法律思想的一些理论可能更是关心法律之内的“贤人”问题。

古书《左传》讲过一个故事。故事说春秋时代晋国的一位“县”官审理了一桩案子。也许案子有点复杂，“县”官不好决断，案子就被递到了执政者魏献子的手里。打官司的一方听说案子送到了上面便思考“用人”行贿。“用人”是相对于“用财”而言的，在行贿的档次里，送“人”恐怕就是最高等级了。这一方当事人送的“人”，是能歌善舞的女乐人，这等人在当时是特别招人喜爱的。所以魏献子听说后欣然答应受礼了。

可是，最初审理案子的“县”官则是十分廉洁，知道魏献子动了心，便焦急地希望有人可以阻止受贿的发生。想来想去，“县”官想到了叫阎没和女宽的两个人。这二人和魏献子的关系非同一般。于是，“县”官晓以大义，使得二人终于决心苦谏魏献子。一天，二人和魏献子进餐，魏献子吃得已是差不多了，二人仍是不动餐具。不仅如此，二人还叹息了三次，使魏献子感到非常奇怪。接着二人又绕来绕去提起了中心话题，叫魏献子千万不要受纳女乐人，以免天下人说他判案不公。有意思的是魏献子以往有个好品格，这便是从不收受贿赂，而且此等名声四处远扬。这次，却是不知何故一时糊涂。好在有人提醒，幡然悔悟。接着女乐人还未送到就被退了回去。[666]

在中国的许多古籍里，时常可以看到类似的故事。讲故事以及传播故事自然表明了讲者与传播者的兴趣所在。国人都知道，刚说的那个晋国还有一个叫李离的断狱清官，李离错判一案后居然拔剑自刎了。[667]到了汉代，有个被封“强项令”的洛阳县令董宣，他不畏皇族的淫威，硬是将皇帝姐姐的贴身家奴当众就地正法。[668]而在隋朝，

又有一个叫元褒的州官，他心肠仁慈，在断案过程中被人诬陷，竟然不为自己申辩，甘愿被免官职，为的是避免官府浪费资财继续追查、连累无辜……[669]

编织以及传诵这样的清官故事，是在宣泄追觅“贤人”的情结。中国法律思想的一些理论也是在这种群体意识情结之中开掘法律背后的“贤人”思路。

《荀子》说：

《礼》者，法之大分……学莫便乎近其人。《礼》《乐》法而不说，《诗》《书》故而不切，《春秋》约而不速。方其人之习君子之说，则尊以遍矣，周于世矣。故曰，学莫便乎近其人。学之经莫速乎好其人，隆礼次之，上不能好其人，下不能隆礼，安特将学杂识志，顺《诗》《书》而已耳，则末世穷年，不免为陋儒而已……故隆礼，虽未明，法士也……[670]

进而言之，“隆礼尊贤而王，重法爱民则霸”[671]。

民国初年的梁漱溟则说：

流俗每将做人和做事看成两截。以为好人不一定很会做事，而做事很能干的，不一定是好人……其实这些观念完全是错误的。做人与做事是合一而不可分的。犹之修己与对人亦是一件事，不是两件事。真晓得做人，一定能够做事；真晓得做事，一定能够做人。说他是好人而不能做事，这样的人不一定是好人。说他不会做人却很会做事，这样的事，不一定是好事。[672]

说到这里，我们大致就会想到典籍《大学》的名句：“意诚而后心正，心正而后身修，身修而后家齐，家齐而后国治，国治而后天下

平。”[673] 中国古时的一些法律思想特别喜欢在这句名辞的光环之下，论说法律背后的为官之道。有趣的是不仅国人有这等论说，就是西方人也有类似的观念。在美国，有一个被视为“死钻牛角尖”的法学家，叫弗兰克（Jerome Frank）。之所以被视为“死钻”，是因为他特别怀疑一般的法律规则能否明确地引导法官审判案件。他总以为，对着规则，就是仁者见仁、智者见智，法官一定会有自己的“独到见解”，如此，还是存在法官“自觉性”的问题。他说：

……法律机器是不会自行转动的。操纵机器的一类人应该嗅觉灵敏，自觉履行职责，并对公民忠心不二。审判一个案子，根本无法摆脱感情的影响，即便想摆脱也是徒劳无益的。法官能够做到情感克制、权衡利弊、“精打细算”，已是人们可以希望的最佳境界。诚实而且训练有素的法官，对自己的权力、偏见和短处，自然会是了如指掌。这正是正义的保障。聪明人应该正视，而不是躲避法律中的“人的因素”。[674]

这样看来，“贤人”还是一个普天之下的大问题。

不仅如此，在前面第019小节结尾，笔者还留下了一些问题：能不能对掌管国家法律要害部门的官吏也像对待平民百姓那样，来个法律惩罚上的“统一”？“统一”是否天真了？是不是舍此别无出路？现在，经过我们的大致讨论，可以发觉那样可能有些天真了，而且舍此可以另有出路。对那些官吏，最后重要的似乎是贤人式的教化，不是也不可能是强制性的严刑惩罚。毕竟，那些官吏掌管着法律的最后权力，在其背后没有其他法律的强制力量。就此来说只好说说“贤人”。

085　此一时彼一时·分权制衡

讲起来，有人喜欢“贤人”一说，可也有人对这不以为然。

《韩非子》里记载了一段对话，似乎在说“贤人”的观念也会自我解构。对话一方是个司掌法律的大官人，另一方是个善施教化的说客。一日，大官人对说客讲：“现在推行法律十分困难。敢问先生有什么办法？”说客回答：“推行法律有什么难处？法律已有明确规定，有功就赏，有罪就罚。照直办理就是了。依我看，现在推行法律步履维艰全在于您的亲情干预过多。如果清廉就没有任何问题了。这叫秉公执法。”大官人一听，觉得切中要害，便顺此做了下去，并将说客的言语作为座右铭。

可是，没过多久说客本人觉得自己“贡献”不小，便向大官人再次进言，称：“我这有一堂兄，寻找差事已有多年，不知何故，每每失败。望大官人封一职位，算是给个面子。”大官人一听觉得这事难办，因为，听说客的可以“秉公执法”，再听下去就不能“秉公执法”了。大官人这时非常苦恼，实在不知问题出在哪里。[675]

“贤人”的观念和“教化”的观念有着密切关联。“教化”就是从侧面吹“仁德”之风，就是有“贤人”来做使人贤的事情。而被改造者变成了“贤人”就要感谢“贤人”的教化。感谢自然是多方面的。而从各方面加以感谢，当然就会出现前面大官人左右为难的事情了。谁知道，要求感谢的那一方会提出什么要求？《韩非子》那样的法家文本最为喜欢讨论这类解构讥讽，以此对付异端的“贤人”之说。

现在，我们看看反对“贤人”的一些理论理由。在实际生活中，人们可以感觉到真正的大贤人不说万里挑一，也是千里挑一。大多数人包括那些衣冠楚楚的大小官人，似乎常常是些不上不下的中等之人。说他们觉悟很低当然不对，说他们觉悟很高也是不当。大概出于这样的缘故，《韩非子》便讲：“世之治者不绝于中……中者，上不及尧、舜，而下亦不为桀、纣。”[676] 这是反对“贤人”观念的一个理由。

此外，由于人通常是中等之人，这样，就只能得出一个不情愿也得接受的结论：“仁者能仁于人，而不能使人仁；义者能爱于人，而不能使人爱。”[677]既然如此，我们也只好相信这样一个道理：“……良马固车，五十里而一置，使中手御之，追速致远，可以及也，而千里可日致也，何必待古之王良乎？”[678]王良是古人传说中的一个高超骑手，据说驭马千里如探囊取物，其骑术不是一般骑手所能相比的。可是，有了好马好车，跑上五十里就歇上一次，找个中等骑手照样可以日行千里。这样说来，日行千里，为什么非要等那王良之类的人？这是反对“贤人”观念的又一理由。

但是，不等“贤人”又能怎样？反对“贤人”之说的那些文本大多是法家文本。法家不信“贤人”只认“法”“术”“势”，[679]前面说的“好马好车”也是在指法律一类的东西。但是这里反复讲的是法律背后的“贤人”问题，并没有将法律放在一旁置之不理。我们已经看到，有了法律还要有知法、执法的大小官人，否则，法律通常还是一纸空文。这道理再清楚不过了。难怪《荀子》说，法家是“尚法而无法，下修而好作”[680]。当然，法家是想靠“术”“势”来约束这里的“背后官人”。君王有了“术”和“势”就可解决法律背后的大小官人不太“老实”的问题。可是，前面第060小节说过，君王的精力是有限的，他所依靠的那个“势”的潜力也是有限的。法律日常活动则是大量的甚至数不胜数的。如此，靠“术”和“势”，自然不能解决大部分问题。另外，王良那样的驭马高手虽是少见的，但不让中等骑手学学王良，岂不会发生一日连五十里，甚至五里都无法奔过的事情？人是懒惰的，懒惰了再不学王良，有好马好车又有什么用？

这般讲来，法家的考虑还是欠妥。我们还要回到《尚书》提到的皋陶的那番建议：为官者要有九种德行，“宽而栗，柔而立，愿而恭，乱而敬，扰而毅，直而温，简而廉，刚而塞，强而义”[681]。皋陶是舜的大官人，专门掌管法律。在前面第006小节，我们说过他，讲他为官

正直，审案断狱十分公正。《论衡》还说，皋陶有时领来“独角兽”去帮助断明案子的事实真相，叫官司的审判令人心服口服。[682]皋陶建议的那九种德行，叫作宽宏大量、柔顺卓立、谨严恭厚、多才审慎、自信刚毅、正直温和、简朴廉洁、刚强笃实、刚柔相济。

如此，就是“其身正，不令而行；其身不正，虽令不从”[683]，“治生乎君子，乱生乎小人”[684]。

现在，再说另外一个对付“贤人”的思路。这条思路不是国人的，而是西方人的。翻开西方人的法律思想文本，可以发现大多数西方人像中国法家那样对人性的看法也是比较负面的。可是西方人要比法家直接明确，将所有人——自然包括君王——一起划入了恶人的名单范围之内。于是，西方人在想这样一个问题：人都是靠不住的，如此也就谈不上恶人教恶人变成“贤人”的事情了，既然如此，那么为什么不能实施分权制衡，让恶人在掌握各自权力的时候，相互制约？这个思路非常重要。

孟德斯鸠说，“有权力的人们使用权力一直到遇有界限的地方才休止”，所以，“要防止滥用权力，就必须以权力约束权力”。[685]怎样相互约束？孟氏说，权力可以大致分为立法权、司法权、行政权，如果愿意，还可以分出一些其他“权”。首先，让这些分开独立，叫一些人负责立法权，叫一些人掌管司法权，再叫另外一些人掌握其他什么权力。反正有一点是肯定的，一人或一个部门不能身兼数权。接下来，让一种权力可以对另外一种权力说不。比如，司法权可以宣布某些立法权之下制定出来的法律规则无效，反之，立法权可以任命司法官，或者通过新的法律规则，等等。

这样也就不必担心人是好是坏了。

但是细细想来，可以发现，“制衡”这种方式似乎不是而且也不会没完没了地运转下去。换句话说，“制衡”是个过程，这个过程在某一时刻总要停止一下。比如，在实际的法律操作过程里，立法权和司法权的相互掣制总要偶尔停一下解决实际问题，它们不会为了“制衡”而不断地制衡。一个案子摆在了法院的案台上，法院就要判决，虽说立法机关可以任命司法官，甚至大笔书写法律条文，可是判决这事还是法官说话作数。而判决出来的东西对谁来说都要彻底执行。如此，司法权有时也就使“制衡”停止了。

把话说到这里便可以看到，“贤人”的问题还是没有解决。

086　何谓“贤人”?

在中国法律思想的一些理论看来，“贤人”是十分重要的。不仅不能回避，而且还要靠其来医治社会的疾病。东汉王符说，身手不凡的医生首先是给国家治病，接下来才是给病人治病。而身手不凡的医生正是“贤人”。[686] 而“夫治世不得真贤，譬犹治疾不得真药也，治疾当得真人参，反得支罗服，当得麦门冬，反得烝穬麦。已而不识真，合而服之，病以侵剧”[687] 。

但是，什么是“贤人”？怎样判断这是“贤人”?

再看传说。《晏子春秋》记载，春秋时期的齐国卿相晏子十分勤勉，凡事做得机敏而又得体，所以深得国君齐景公的器重，也深得齐国百姓的敬重。可是不知什么原因，有那么三年晏子的名声却在阿邑这个小地方出了大问题，直至整个齐国都说晏子不是“贤人”，让齐景公忐忑不安。原来，晏子在阿邑修筑山路，加强防务，费了不少人力物力。在官司方面晏子一丝不苟，不论什么人什么事都依法论断。他还见着懒惰人就训斥，见着失礼人就教育。这样，搞得一些人特别有

意见。他们都说晏子自己不嫌累不说，而且处事生硬，哪里像个温柔有加的上乘“贤人”？可是，说来晏子做的那些事情似乎无一不是应该做的事情。单说修筑山路、加强防务，对阿邑甚至整个齐国都是十分紧要的。但是，相当一批人就是不买账。

晏子绝顶聪明，发现苗头不对便改变了施政策略。一来停止了修筑山路，二来对人不论对错都是不夸不贬，三来在官司诉讼上也是“灵活”不断。于是，后来的三年光景里晏子的“声誉”直线上升。齐景公知道后，异常高兴，便决定重赏晏子。可是晏子再次表现得绝顶聪明，坚决不要奖赏……[688]

就这个传说而言，我们会发觉“贤人”颇难确定。当你说晏子是“贤人”的时候，可能不少人认为他不是，当你说他不是的时候，可能不少人说他是。这个标准在哪里？以你说的条件作为标准，还是以百姓的欢迎拒绝作为标准？孔子和学生子贡有番对话，也在探讨“贤人”的标准，但说来说去还是不清。

子贡问：“先生，如果一个村子的所有人都说这人非常好，这人该是贤人了？”

孔子答：“不行。”

子贡又问：“整个村的人都说这人坏，那又怎样？”

孔子说：“这就更不行了。”

子贡追问：“到底怎样才是贤人？”

孔子肯定地回答：“被全村的好人所喜欢，被全村的坏人所讨厌，这就是没有争议的贤人了。”[689]

这里不清之处在于：什么是村里的“好人”，或者“坏人”？在刚才说的阿邑，那些赞美或者诋毁晏子的百姓是好人还是坏人？

所以《庄子》讲：“夫民不难聚也，爱之则亲，利之则至，誉之则劝，致其所恶则散……夫尧知贤人之利天下也，而不知其贼天下也。”[690]《庄子》接下去的意思可能是说，如果以百姓的爱好作为标准，贤人也许就不是贤人了，因为，顺百姓爱好做事可能害了百姓。反过来，不顺百姓的爱好，贤人也可能不是贤人，因为，不受百姓欢迎的人真难说是“为民为国”的好“贤人”。尧，不知道这点。

现在我们看个不管百姓爱好的例子，思考“贤人”的问题。

清朝时期，荆州有一个才子擅长描摹古画。一次，他照着明代一幅名画描了下去，果然妙笔生花，叫人真伪不辨。接着才子在赝品上署上了明代大师石田翁的名字，并将其出售。另有一人喜欢收藏名画。这人发现，才子在卖“石田翁名画”，激动不已，很快就拿出几百银两将它买下。可是没过几日，又有一鉴画高手看了那幅“名画”，告诉买主那画是幅“水平一流”的赝品。后来的事情便是买主找到描摹才子，要求钱画互还。但才子硬说：“货已出手，恕不退换。”纠纷终于闹到了官府。

官府县令叫徐馀。徐馀十分机敏，遇到这案子便对买主说：“收藏书画原本是个风雅之事，但是为这打起官司就有伤大雅了。您有所不知，前人书画多是伪造，古今鉴赏家受人欺骗的也不在少数。可是多数鉴赏家聪明，发生这事便想方设法左遮右掩，以此表现自家的眼力非别人所能相比。‘他人以为假，我自独识真。’也许自己欺骗自己也就可以欺骗别人了。千百年来，收藏家明白这个道理。如果真是这样，您想想看，这事传出来内行人岂不会讥笑您？而且这画看上去，和石田翁的真迹没有什么区别，当作真画有何不妥？”

这番话后，买主已是气消了，接着便将状子撤了回去。记录这事的作者说，那“徐公以隽语解纷，使古董行中又添一段佳话，真贤令亦雅士也”[691]。

这里的“贤令”也就是“贤人”了。可是这“贤人”有点连蒙带诈的味道。虽说纠纷已经解决，大家没有伤了和气，但是买主总还是吃亏了。更为重要的是“贤令”为化解纠纷，说的那些话在今人看来尽是一些只有“阿Q”才会欣然听进去的话。如此，这也可以叫作“贤人”？进一步说，不从平民百姓的底层角度去界定“贤人”，而是从“作者”这类文人的上层角度去界定，是不是有点愚惑平民的意思？

这个例子也是说明什么是“贤人”不易讲得清楚明白、无可厚非。

当然，尽管“贤人”的标准挺难定的，但还是有理论试图将“贤人”的标准一一列清。《荀子》讲：“上则能尊君，下则能爱民，政令教化，刑下如影；应卒遇变，齐给如响；类推接誉，以待无方，曲成制象，是圣臣者也。”[692]

087　贤能与“平庸”之分：一种精英“法治”理论

讲到《荀子》的“贤人”，我们就来到了一种区分面前：贤能与“平庸”。这“贤人”说来说去总是一些品质不差而且有些能力的人。用今人的说法来说，“贤人”就是德才兼备，或讲有道德并且有知识的人。

可是说到有知识，总是相对没有知识或者“平庸”来说的。谁有知识？严格来说知识分子有知识，宽泛来说大凡读过书的人都有知识。反正，温饱不成问题而且有闲工夫的人就可以变得“有知识”。而一般平民百姓，就只好“平庸”了，因为他们首先甚至天天都要为温饱问题而奔波。“困而不学，民斯为下矣。”[693]当然，这里的“知识”是说书本中的那种“贵族知识”，是从上往下看人的“盛气凌人”的知识。这种

知识大体来说含有“四体不勤”“五谷不分”的意思。城市人看乡下人有时就有这类“不自知”的感觉。前面第076小节已经提到费孝通先生说过的一个例子：城里人瞧着乡里人土气，乡里人不知所措地蹦跳着躲避汽车也会被城里人笑话，可是，城里人还是有些“不自知”的味道。

孔子讲，“贤人”是受百姓欢迎的一类人。但是，受欢迎并不意味着“无知识”也可以成为“贤人”的一个品性。所以，学生樊迟想学种菜，孔子私下说道：“小人哉，樊须也！”[694]接着还说，有了知识，作出了榜样，平民百姓也就没有不加以仿效的，如此学什么种菜？！[695]有古人说：“君子尚能而让其下，小人农力以事其上。”[696]“君子务治而小人务力。”[697]“自贵且智者为政乎愚且贱者则治，自愚贱者为政乎贵且智者则乱。是以知尚贤之为政本也。”[698]这些话，大致讲的也是孔子那类的想法，要把“贤能”和“平庸”分开一下。

孟子说得就更露骨了：“劳心者治人，劳力者治于人；治于人者食人，治人者食于人。”[699]当然，孟子对这等话语有一精巧的“苏格拉底问答式”的论证。通过一问一答，孟子告诉你，“劳心者”和“劳力者”的上下关系天经地义。《孟子》记载：

有个叫陈相的人对孟子说：“许行这个神农学家十分优秀。他讲，贤人应该与百姓同甘共苦，应该自食其力。百姓种菜，贤人也跟着种菜；百姓浇水，贤人也跟着浇水。贤人只是抽出早晚吃饭的时间来管理国家。”

孟子听后不以为然，说：“许行自己种地养活自己？”

陈相讲：“那当然了。”

孟子问：“许行自己织布做衣？”

陈相答：“这就不是了。”

孟子继续问：“许行戴帽子吗？”

陈相答：“戴，而且帽子也很好看。”

孟子问：“帽子是他自己做的？”

陈相答：“不是，拿粮食换的。”

孟子又问：“许行为什么自己不织布做帽？”

陈相答：“他忙着自己种地，自然没时间做帽。”

孟子问：“许行用陶器做饭、铁器种地？”

陈相答：“是的。”

孟子接着问：“他自己也能制陶器、打铁器？”

陈相答：“当然不是，那是用粮食换的。”

孟子说：“许行来回去换，不觉得麻烦？为什么自己不能全部依靠自己？”

陈相反问：“这么多事，怎能自己全部都做？这人自然不能一边种地一边做帽、制陶、打铁。”

孟子最后说：“这就对了。治理天下不可能一边种地一边完成。官有官的事，民有民的事。一个人什么事都做，一是不可能，二是没有不乱套的。所以，有劳力者，也有劳心者。劳心者自然管着劳力者。而劳力者自然养着劳心者。”[700]

这种“苏格拉底问答式”的思路可谓切中要害，将人间分工合作的道理梳理得清晰透彻。一方面，贵族样的“知识”和一般平民的“技艺”不可同日而语；另一方面，拥有那种“知识”的人高人一等，不仅可以对人指手画脚而且还能“无可争议”地受人供养。在孔孟等古人的手里，“贤人”一词有时是用来贴在君王身上，有时则用来贴在大小官吏身上。当然，在这里我们不太关心君王如何，而是关心大小官吏是怎样的。因为，我们的主题是“法律背后的人”，尤其是讨论日常司掌国家法律实践的大小人物。另外，孔孟虽然更为喜欢礼制之类的习俗惯例，可是也对国家法律颇为关心，尤为重要的是，他们有关“贤能”的话语又被那些关心“法律背后之人”的理论奉为天条语录。《荀子》说：“贱事贵，不肖事贵，是天下之通义也。”[701]这样，在中国法律思想的一些理论里，具有高人一等的“知识”的“贤人”，其特性就可略见一二了。这“贤人”，是种精英分子的符号，它不仅要有仁慈的道德心肠，而且更要有脱俗不凡的知识手段，最后在知识上不免还要养尊处优。最后这个品性是重中之重。

说到这里就可以看出，中国法律思想的一些理论在谈论“法律背后的人”时，其实质是在追求一种贵族精英式的知识统治。国家法律规则的意思总要依赖大小官人的头脑理解，那“头脑理解”的深处总有“贵族知识”的操纵。于是，国家法律的世界也就变成了贵族知识的规则世界。这是中国法律思想一些理论的“远方目的”。

这里有个问题需要说一下。有人可能会讲，孟子虽然有些轻视大多数平民百姓的意思，但是，他所说的分工合作实在是个没有办法的办法。司掌国家法律规则的大小官人没有“特殊知识”是不行的，即使这知识全部都是“贵族的”“养尊处优的”，也得如此；否则这世界也就无章可循了。梁漱溟就说过，就知识、立法、司法等而言，“我们要想政治的事情做得好做得对……必须请问专门家、学术家，必须听他们的话才行。这个意思也就是说：我们要尊重智者……尊尚贤智，实在

是人类社会中的一个必要”[702]，毕竟，“多数所表决的不一定就算是对”[703]。

这个问题十分重要，需从两个方面来谈。

在国人的传统社会里，人们大体上没有什么“民主”的感觉，更不用说在国家法律之下建立以“民主”为基础的观念。国家法律就是一个自上而下的“铁拳+知识”的统治。于是，“知识”的问题也就无足轻重了。这是一个方面。另一方面，在国人的现代社会里“民主”的观念已经开始风行起来，人们都在希望国家法律应该而且必须具有“民主”这块基石。这样，“知识”问题显得格外严峻。“知识”控制了法律职业的大小官人的思想，也就控制了他们对国家法律的理解，最后，间接控制了国家法律的世界。加上这“知识”有点贵族的味道，和平民百姓的“想法”存在上下隔阂关系，国家法律和“民主”也就脱节了。这在民主的观念看来肯定有些不能忍受。即使多数人表决会有“不甚明智”之处，“民主”在基本面上也是不能丢掉的。难怪西方人也有这等评论，“贤人”的理论，其“中心目标是要建设一个管理良好的社会：一个由等级森严的社会组织和政治组织所构成、有贤明睿智的皇帝所领导的受过良好教育的文官系统自上而下加以控制的社会。这种社会最大的优点在于社会和政治的稳定。政府是为人民而设立的，但却不是由人民所选择……”[704]

还有一点。这就是知识种类的问题。虽说像孟子想象的，知识和“技艺”以及“一般想法”有些区别，可是这可能仅仅对于某些知识来说是有意义的。有些知识，比如自然科学的知识，那绝对和“技艺”以及平民百姓的“一般想法”有个高低之分。不尊重科学知识做事，粮食可能种得萎缩矮小，河流可能治理得年年泛滥。但是，有些和人的愿望、兴趣、价值观念等社会问题有关的知识，与平民百姓“想法”的高低便不好断定了。比如在乡民自治、男女感情的问题上，所谓的“知

识”并不一定就比“一般想法”来得可行，来得可靠。法律规则里的东西，许多便属于后一类的知识。这也是要强调“民主”的一个重要理由。所以，我们看到梁漱溟又有了另外一种心态的言词：

仿佛古人说过，到乱世来则大官多；而治世则小官多；因为真正办事的要小官才行……所以当真要替人民作事，必须有许多亲民的小官。然而“用官不如用民，用民不如民自用”……为什么用官不如用民呢？设官分职，必有俸给，官多了俸给难筹；而且官与民总是隔开的，容易生弊；要监察这许多小官亦很难。由此三点说去，或者官愈多，而民愈病。[705]

不仅如此，而且“单靠官府替乡村办事，往往是祸害乡村的”[706]。

讲到这些问题，已经深了。

小结

在前面七个小节里，我们观察了中国法律思想的第三个理想世界。这个世界不同于纯粹的国家法律世界，也不同于民间礼俗的规则世界，因为，它最终关心的是规则背后的“人”的精神。

经过较为曲折、复杂的思路梳理，笔者分析了中国法律思想的一些理论为什么会对“贤人”的问题那样兴趣盎然。

规则有文字式的规则，也有行动中的规则，不论哪种规则都需要人们的理解和解释。这样，有权力解释规则的那些“人”就是要害中的要害。在实际生活中，法律规则的意思通常是由大小官人来解释的，他们要断案，要解决纠纷，大多数法律事务都要在他们手里终结、了断。如此说来，他们的为人、观念和知识都将是举足轻重的。这就是

追求法律中的“贤人精神世界”的根据所在。至于这世界是否完好，是否另有“弊端”，则是见仁见智了。

第八章　天然秩序

在法律的语境中，“人”是十分重要的。可是这“人”是从哪来的？人有文化，有个社会性，但他也是来自自然的，像其他动物一样也和自然存在不解之缘。如果信“命”或“运”这类说法，就会更为容易认为“人”是自然的一部分。顺此思路，我们也就来到了中国法律思想中另外一些理论的“理想世界”。

088　秋冬斩首

在讨论这个“理想世界”之前，先看国人古时的刑杀制度。这个制度十分有意思，不仅手段多样而且招法不断翻新，似乎大有不杀得犯罪分子胆战心惊绝不罢手的劲头。当然，就这里的主题来讲，我们倒是更为关心“秋冬斩首”这个规矩。“秋冬斩首”意指在秋冬季节将犯罪分子行刑。

专家考证，至少在汉代秋冬斩首就是一个规矩了。《后汉书》说，汉章帝下过圣旨，提到每年的十二月立春已是冬天将过，这时就不能再报囚刑杀了。因为“方春生养，万物莩甲，宜助萌阳，以育万物……冀以息事宁人，敬奉天气”[707]。换句话说，“宜及秋冬理狱”[708]。到了唐朝，法律更是毫不含糊地规定，从一年的立春开始到秋分，除了极为个别的恶罪之外其他各罪绝对不得奏决死刑。违反了这条规定，还要徒刑一年。这就是“立春后秋分前不决死刑”[709]。

1459年，明朝天顺皇帝下令，声称在这年之后每年霜降一日刚过，立即开始秋审。秋审便是在秋天汇集刑部、大理寺、督察院的高

官会审死刑案件。核准定案的便立即执行极刑。[710]后来明虽被灭，可是秋审这制度还是被保留下来了。清朝规定，秋审的日子定在每年的九月，地点便是极具象征意义的天安门附近。秋审的日子，各路高官，像吏、户、礼、兵、刑、工六部，以及督察院、大理寺、通政司的头脑，就围聚在几十张铺盖大红布的桌子旁复审死刑案件。这类审判活动，也像我们今天熟悉的“公审”，对民众绝对开放，意在让公众明白对抗大清天朝将会下场如何。秋审之日过后，紧跟着便是皇帝御驾亲“审”，只要皇帝大笔一勾，这开刀问斩就是板上钉钉了。那些最后决断的日子也是定在十月。

在今人看来，实在没有必要依着季节来结束犯罪分子的性命。不管是春暖花开的季节，还是夏日炎炎的季节，大凡遇到该杀的便要立即执行。不然出现越狱潜逃那可就是放虎归山了。古人的这个习惯我们已经丢掉了。

089　《礼记·月令》

有些古书信“天”信“命”，所以觉得什么事都最好顺从天意。“秋冬斩首”自然是这种观念的一个表现。在前面我们提到了汉章帝所说的一个理由：春天万物开始滋生，杀人就是逆天然秩序而行了。而在古籍《礼记·月令》里，更有辞藻来说法律活动如何顺应四季。《月令》讲到，春季的头一月应该宣布法令，但是更要广施德教、表彰善行，甚至还要与民恩惠。春季的第二月要停止打官司，凡起诉概不受理，官人也要减少四处捕人的次数，不得肆意鞭打在押犯人，还要将他们的镣铐打开。而到了夏季第一个月，可以开始审理一些轻刑案件，判决一些小犯，不过要赦免以往的轻罪犯人。夏季第二个月即使是重罪也要减刑。在秋季第一个月，可以开始处罚罪犯了。秋季第二个月虽然要继续处罚罪犯，但要刑罚适中。而在秋季第三个月，要像割草一样将罪犯斩尽杀绝。到了冬季第一个月，斩杀罪犯已经不是特别重要的

事情，特别重要的事情是检举腐败的官吏。冬季第二个月恢复斩杀，并将腐败的官吏逐一拿办。而冬季第三个月刑杀就该开始暂停了。

所以要这样顺应四季，《礼记·月令》给出了一些理由。比如，春季第二个月是“安萌芽、养幼少”的时候，这时不断出现官司就太不吉利了。这是说春季是“养幼少”的最佳时节，如果时常出现官司便会使人心里烦乱，心里烦乱还能养好幼少就是不可思议的事情，这等于是逆时节而作乱。再如秋季第一个月是“凉风至，白露降、寒蝉鸣”的日子，而且雄鹰也会四处捕杀小鸟，不将罪犯杀绝，就会与“自然”相对抗，让罪犯像害虫一样安度寒冬季节，第二年出来更加肆无忌惮。更为重要的是，如果在这个月从事冬季的法律活动还会招致阴气太重、甲虫吃粮、敌寇来侵，或者，从事春季的法律活动，出现阳气复回、颗粒无收的灾荒，或者，从事夏季的法律活动，会出现火灾不断、民众疟疾等大难。

《礼记·月令》的这些设想，在《吕氏春秋》中也早有记载。《吕氏春秋》说，春季第一月要将仁政放在首位，司法官“守典奉法，司天日月星辰之行”[711]。春季第二个月不得连续审理官司，要打开在押犯人的手铐脚镣，赦免轻罪，腾出囚室。[712]到了夏季第一个月，“断薄刑，决小罪”[713]。夏季第二个月，则重罪轻罚。在秋季第一月，必须“具桎梏，禁止奸……决狱讼必正平；戮有罪，严断刑”[714]。因为，天地都已开始肃杀了，法律审判自然绝对不能松懈怠慢。[715]秋季第二月，“申严百刑，斩杀必当，无或枉桡，枉桡不当，反受其殃”[716]。而到了秋季第三个月，凡罪犯就要“斩草除根”了。因为，这个月是“草木黄落……蛰虫咸俯在穴”[717]，不将罪犯彻底斩除，他们便会像蛰虫第二年从洞里爬出来更加肆虐破坏庄稼一样，使得社会更加不得安宁。

后来的一些典籍，也像《礼记·月令》那样，喜欢强调法律活动的季节性。《淮南子》讲到，秋风一起至冬至就应该“闭门闾，大搜客，断刑罚，杀当罪”[718]。到了开春季节就要“去桎梏，毋笞掠，止狱讼”[719]。在夏季麦熟季节则是“决小罪，断薄刑”[720]。汉代董仲舒也说，“庆赏罚刑，与春夏秋冬，以类相应也，如合符……天有四时，王有四政”[721]，因为，“春气爱，秋气严，夏气乐，冬气哀，……天之志也”[722]。后来的一些汉代文人则更是相信，“狱讼平，刑罚得，则阴阳调，风雨时”[723]。

说来有趣，西方也有人对法律和气候的关系颇感兴趣。18世纪法国人孟德斯鸠就说，“农业是人类最主要的劳动。气候越要使人类逃避这种劳动的时候，这个国家的……法律便越要鼓励人们去从事这种劳动”[724]。而“如果要战胜气候产生的懒惰，法律就应该努力消除一切不劳动而生活的手段”[725]。当然，孟德斯鸠讲得有点“科学”根据。至少在某些地方气候十分炎热时，人正是颇为懒惰。而国人讲的那些理论似乎神秘了一点，仿佛气候不是特别炎热人也会像猪一样懒惰。

对《礼记·月令》的“法律季节轮回”，有的古人就像今人一样不以为然。唐代的文人柳宗元讲，假如有人在秋冬季节做了好事，却要春夏才能获得奖赏，那么，难以想象这可以鼓励善人善事；而如果有人在春夏季节作恶了，到秋冬才会被惩罚，那么，真是难说可以惩戒恶人。相反，这可能促使有人会在春夏才做善事，而有人在春夏才开始伺机作案，钻法律时令的空子。[726]另外，讲究“法律季节”并不一定就和天地自然轮回相和谐。有人在春天犯罪了，关在牢狱里欲出不能、欲死不得，这样就会出现“更大暑者数月，痒不得搔，痹不得摇，痛不得摩，饥不得时而食，渴不得时而饮，目不得瞑，支不得舒，怨号之声，闻于里人”[727]。

法律和气候的关系是个有些复杂的问题。上面两种不同观点，要说谁对谁错恐怕不太容易。如果有人非要追个究竟，我倒愿意搬出《列子》里的“两小儿辩斗”来作应答：

一儿曰，我以日始出时去人近，而日中时远也。一儿以日初出远，而日中时近也。一儿曰，日初出大如车盖，及日中则如盘盂，此不为远者小而近者大乎。一儿曰，日初出沧沧凉凉，及其日中，如探汤，此不为近者热而远者凉乎。[728]

两小儿辩斗可谓家喻户晓。在以往的教育读本里它是经典的范文。后面还有一句：“孔子不能决也。两小儿笑曰，孰为汝多知乎。”[729] 可我认为，孔子是精明的。如果有人自称可以说出哪个小儿是对的，那倒真是应该受嘲笑的。

090　水流象征刑罚·“阴”与水

有些古书不仅讲究气候季节，而且讲究地理效应。《淮南子》说：“山为积德，川为积刑；高者为生，下者为死。”[730] 意思是法律要和地貌相适应。

古人容易以自我感觉的“大中华”为大地的中心。所以，《淮南子》的作者就以“东西南北中”作为地理方位，讲述了法律应该如何顺应地形地貌的道理。像在东方，《淮南子》讲，青丘不少，树木成林，水流有限，所以法律就要“宽松温和”而不能过于严苛。这叫“弃怨恶，解役罪，免忧患”[731]。在南方，虽说是一马平川，空旷无际，但是水流也是偶有所见，这样法律照样要“宽宏大量”，最好是“爵有德，赏有功，惠贤良，救饥渴”[732]。在中央，昆仑山横贯，可是这里有长江汉水，还有黄河济水，那些毕竟是颇有规模的水流，所以，法律要“平而不阿，明而不严”[733]，也即中庸。在西边，依然是有山有

水，故而法律大抵也是中庸。到了北边，严寒积冰，雪雹霜霰，那地方绝对是个滋润众多河流的地方，而高山倒是偶有所见，因此，法律必须毫不含糊，“禁外徙，断罚刑，杀当罪，闭关闾，大搜客，止交游，禁夜乐……毋释罪”[734]。

说到“水流象征刑罚”，有些古人还想到了女人的问题。女人时常被看作“阴”，而“阴”又和水有联系。比如阴天多了，自然雨水就会增加。出于此等缘故，有些古人便以为为君者断然不可贪恋女色，否则人类社会中的“阴”的因素就会增多，“阴”增多了就会洪水泛滥，进而导致社会秩序的混乱崩溃。[735]以这种想法说去，好像就不能对妇女客气了，刑罚也就要时常针对妇女，抑制她们、压迫她们。也许，这种想法是国人长久以来歧视妇女的一个原因。

091　天地和谐

讲究气候，讲究地理，等于是讲究人的社会和自然秩序之间的统一协调。就法律本身来说，是讲法律要顺应自然秩序。而对人来说，是讲人要相信“天尊地卑，乾坤定矣；卑高以陈，贵贱位矣”[736]，“仁义制度之数，尽取之天”[737]，任何事都已是前世上苍定下来的。

反过来，人要是对抗社会便是对抗自然的秩序。唐朝长孙无忌等人留下的《唐律疏议》，在论“谋反”这一犯罪时说过：

《左传》云，“天反时为灾，人反德为乱”。然王居宸极之至尊，奉上天之宝命，同二仪之覆载，作兆庶之父母。为子为臣，惟忠惟孝，乃敢包藏凶慝，将起逆心，规反天常，悖逆人理，故曰“谋反”。[738]

这段话认为“谋反”既是违背人理也是对抗自然，属于倒行逆施。西方人对国人的这个观念十分熟悉。有人讲，中国人相信“对社会秩序的破坏，也就是对宇宙秩序的破坏。因为在他们看来，人类生活的社会环境与自然环境是一个不可分割的统一体”[739]。

而国人所有这些“轮回顺应”的说法，大体来讲，正是来自古人“天人合一”的古怪观念。当然，在这里，不必深究“天人合一”的意思。就此处主题而言，大致朦胧地知道那“观念”是个怎么回事也就可以了。我们倒是更应注意，这套“天人法律和谐”的观念与前面第069小节至第078小节说到的“礼俗惯例”那些观念有何区别。“礼俗惯例”的观念也喜欢顺从自然，它们也说任何事最好依着自然而然的规矩秩序。但是，在后者那里，自然而然的规矩秩序是“人伦”的，与气候地理之类的东西没有多少关系。“人”生活了一段日子，总会有些新规矩新惯例滋生出来，有些旧规矩旧惯例褪色隐去，不会因为“日出东方日落西边”这样的“铁律”而一成不变。所以，人大可不必担心“天怒”“天谴”“天罚”“天灾”之类的庞然话语，去看“天之脸色”来行事。相反，倒是应该注意民心民意，看看百姓在想什么、做什么。

依此对比来说，天然秩序的法律观念中的理想世界正是追求一种永恒不变的法律秩序，在这种秩序中，不是个人一言九鼎（像法家的国家法律秩序），或者众人随心所欲（像民间的习俗惯例秩序），而是依着宇宙的固定轨道“从一而终”。当然，我们可以发觉，世上的不少法律制度似乎没有依着斗转星移而“锲而不舍”，并且，没有因此而遭“天怒”“天谴”“天罚”“天灾”，它们好像颇为稳定。相反，有些依着天地回转而“不屈不挠”的法律秩序，倒是人祸天灾不断。如果真是这样，那么我们似乎可以怀疑，“天然”观念的背后是否还是“人”的祈求和愿望。

小结

国人有时信“命”信“运”，于是有些法律思想便借这类潜意识勾画了“顺应天意”的法律秩序。当然，在今人看来，“运命”之类的法律话语不免有点搬神弄鬼，再论再说它们意义不大。笔者也觉得大体来说事情是如此。不过那些话语毕竟表达了中国一些法律思想的“理想”，虽然已经烟消云散，也值得而且应该略谈一二。并且，它们像其他一些理论一样表达的同样是人们的一种姿态。

第九章　激进主义

在前面，我们讨论了古人的一个法律观念：人间法则和自然法则的同一。这是讲人间法则要么是国家法律，要么是礼俗惯例，可它们要和自然法则——天然秩序相契相合。否则人间法则和秩序会自我瓦解，自我消亡。

由于自然法则是永世不变的，这样，上面那种法律观念实际上是在暗中主张：某些法律秩序一旦确定了便是不可动摇的。讲到这里，我们就来到了“法律是否可以，是否应该进化”这个主题上。对于国人来说这个主题尤为紧迫与现实。因为，至少在二十世纪的百年中国法律思想里，这是一个历久不衰、激动人心的争论话题，而眼前国人又已站在法治现代化的关卡之处。

092　“渡河的标记”

《吕氏春秋》记载，春秋战国时期的楚国一心想要消灭宋国。出兵前，楚国派人在一条必经之河里做了渡河标记，以示路径。可是不知是不晓气象水文还是办事粗心，楚国人硬是忘掉了河水可能上涨。没过几天河水果然上涨。当楚国大军渡河的时候，士兵被水淹死了上千人。[740] 7页。[741] 吕不韦：《吕氏春秋》，第126页。◆◆◆。第二，过去人和后来人的观念、思维方式和“遣词造句”都是不同的，所以“古今之法，言异而典殊。故古之命多不通乎今之言者”[742]。第三，过去人造法的时候其情势和后人遭遇的情势极为可能大不相同，“时不与法俱至，法虽今而至，犹若不可法”[743]。第四，先人都

已作古，后来的活人怎能让死人束缚住？后人有权而且有能力推陈出新，“先王之所以为法者何也？先王所以为法者人也”[744]。

第一点理由恐怕没有什么意思。在我们现在看来，这个问题没有意义。以今日的科学技术来说保留原样已经易如反掌。第四点理由不太重要。反正先人是管不了后人的，后人只要想去做就可以随心所欲，而且先人什么事都能以自己为中心，后人再谨小慎微不免显得有些迂腐笨拙，这是谁都知道的一般道理。《淮南子》也说，古时的婚事规矩是父母做主，可是舜没有请示自家母亲便娶了娥皇和女英；古时的继位规矩是长子为先，可周文王不立长子伯邑考却立了武王为嗣；古时的娶妻规矩是三十而娶，但周文王十五岁时就结婚生下了武王。虽说如此，可他们依然流芳百世。[745]

第二个理由比较重要。因为，后人的思想文化显然会和先人的思想文化存在区别，根据先人思想文化制定出来的法律，在先人的眼里是一类东西，在后人的眼里可能是另一类东西了，就像一个“说”字在先人古文那里有时是“高兴”的意思，而在后人白话中一般是“讲讲”的意思。还有，后人解读先人的法律有时总会“看”出各式各样的意思，重要的是，谁也无法说清哪个意思才是先人的真正意思。想要问问先人，则他们仿佛已在遥远的过去微笑着向后人说：“孩子，你们看着办吧。”后人都想“我注六经”，可是对于解释作品这样的事情似乎难免“六经注我”。深入来看，“凡事以先人东西为纲纪”的想法，有时是种拐弯甚至暗藏的“以我为主意”的主张。[746]

第三个理由尤为重要。古往今来，所有鼓吹应该变法的法律话语都在强调“时过境迁”的概念。世道变了法律怎能不变？明明是妇女已经厌倦甚至憎恶一夫多妻了，怎能还让法律允许三室六妾？明明是有人已在生意上“寸土必争、寸利必得”，怎能不让法律明文契约合同之

事？《淮南子》说，世道变了，“常故不可循，器械不可因也，则先王之法度有移易者也”[747]。后来的法律学者丘汉平讲：

一时代有一时代的法律，同时亦有一时代的人情。若以甲时代的法律依照甲时代的人情，当然是符合的。如果以甲时代的法律施用于乙时代的人情，那便是牛头不对马嘴了。[748]

另一法律学者吴经熊也说，“法律这个东西，是随着时代地域事实而常常变动的……世间没有万世通行‘恒’古不变的法律……”[749]

在某些学人的眼里，“渡河标记”故事的隐喻是古时法家竭力鼓吹变法的一个思路起点。法家最为不信“凡存在即合理”，主张法律必定可以而且应该可以“敢叫日月换新天”，何况时势自己也会此一时彼一时。

093　远古的一场争论：法律改革

前一小节提到，时过境迁了人也就要学会见风使舵，使法律因时制宜。这点颇为重要。就像《吕氏春秋》戏说“渡河标记”故事一样，《韩非子》也有调侃：

宋人有耕田者，田中有株，兔走触株，折颈而死，因释其耒而守株，冀复得兔；兔不可得，而身为宋国笑。[750]

《韩非子》的意思和《吕氏春秋》是一样的。不过，这依然不是最为重要的鼓吹法律变革的理论主张。最重要的主张便是刚才说到的“敢叫日月换新天”。

在说最重要主张之前，我们先理清三种情况。第一种情况是说，假如现代男人的头发是短的，我们是否要让男人再留起长辫子，回到

清朝传统。如果想要，这叫试图恢复旧时的规矩。第二种情况是说，假如现在女人通常都留着秀丽长发或者大辫子，我们是否要强行拿起剪子、剃刀将其割断，甚至令其只留男式短发。我们把这叫作企图“敢叫日月换新天”。第三种情况是说，不论男人或女人的头发眼下是怎样的，凡事顺其自然，那些东西变了就变了，不变也没有什么了不起的，当然，如果大多数男人或者女人变了，就顺大多数的人意思制定规矩。如果这样便叫希图“稳稳当当”。

在这三种情况中，还有一个共同的小问题：少数人的情形。这是讲，在第一种情况中，一般而言总是有少数男人依然留着大辫子，所以他们可能要求其他男人重新留起“大清遗风”的象征。在第二种情况中，有时会有个别女性留起了男式短发，这样，她们也许要求其他女性和她们一样进行“时尚革命”。在第三种情况中，自然有时有些少数人我行我素、“固执己见”，不像大多数人那样随波逐流，而大多数人倒是希望可以重新改变一下规矩。

上小节提到的《吕氏春秋》里的第三个理由，看上去好像有点是在讲述第二种情况和第三种情况之间的一种状态。因为，时势变了，有时会指大多数人变了，有时也可能指少数人变了。这点在《吕氏春秋》那里不太清楚。如果真是这样，那么这个第三理由也就不是特别激进的东西了。真正激进的东西是指第二种情况。至于纯粹的第一种情况和第三种情况大多和“保守”一词有更多联系，后面再讲。

“敢叫日月换新天”，就此问题来说，先秦战国时期有过一场争论。争论的主题也是近代和现代中国人喜欢争论的一个主题：应否以及能否变法。争论的一方是商鞅，另一方是甘龙和杜挚。引起争论而且“坐山观虎斗”的就是秦孝公了。当然，秦孝公是想选择治国纲领，并无单单叫臣下争论的意思。

商鞅：凡事要果断。秦国必须变法、富国强兵。要是什么事都听众人的，就没有英雄本色了。有独特见解，势必会遭人诽谤，但要记住，“愚者暗于成事，智者见于未萌”。成就大业，只能独往独来。变法对民有利，旧规矩不破就是鼠目寸光。

甘龙：不对！俗话说，“圣人不易民而教，智者不变法而治”。依照民俗旧规做事，不费吹灰之力就能事半功倍。顺水推舟，不仅可以叫百姓安居乐业，而且可以叫官人处事不乱。改变旧礼俗必定会遭人非议和抵制。

商鞅：此为墨守成规的陋见。应该明白，夏、商、周三代的礼制根本是天差地别的，可是它们依然可以平定天下。春秋五霸虽有不同法制，但它们同样可以称王诸国。只要变法后让百姓感到有用，国家兵强马壮，这世道没有不赞扬的。

杜挚：要变，没有十倍的好处可就没有意义了。变法往好了说，最多是个旧貌换新颜；往坏了说，损失就是深不可测的。百姓有惰性，喜欢得过且过，何况现在的日子不算差。何必费力不讨好？人都喜欢效仿旧法。

商鞅：翻翻历史，可以发现不同时代就有不同法制，既然如此，哪里来的“效法”？“礼法以时而定，制令各顺其宜。”伏羲神农，就讲教化而没有刑罚；到了黄帝尧舜，虽有刑罚但是刚中有柔；而周文王周武王，又是大讲恩德浩荡而不失柔中带刚。这些变法哪个是费力不讨好？百姓是有惰性，但是变法变得到位、变得恰到好处，惰性就可一扫而空。[751]

可能是由于商鞅的话语力量太过强大，秦孝公越听越入耳，最后便采用了商鞅的变法宏图。于是秦国开始越“变”越强，消灭六国，统一中华。而那个百姓的惰性也是不见踪迹了。

以“敢叫日月换新天”论，可以发现，商鞅所说的那套正是颇为类似女性头发的“时尚革命”的主张。大多数人有惰性，就是有如大多数女性留的是长发，然而，你非要规定强硬的法令规章，就没有改变不了的惰性，就没有剪不断的长发。这种变法的主张是种最为激进的法律改革话语。有时可能还有这种情形：在一个国家里，没有一个女人留的是男式短发，只是在异国才可发现这样的时髦和“先锋”。如果是这样，那么硬剪本国女性长发就更是火气旺盛的激进变革了。

对商鞅的思想，《韩非子》是特别赞赏的。它说，“夫不变古者，袭乱之迹；适民心者，恣奸之行也。民愚而不知乱，上懦而不能更，是治之失也”[752]。《淮南子》也说，一件衣裳肯定不能四季都穿，春夏秋冬的衣服总有厚薄之分，所以，“世异则事变，时移则俗易。故圣人论世而立法，随时而举事”[753]。

在古人那里，“敢叫日月换新天”的胆量有两个根据：其一是权力，其二是认准负面的人性。

就其一而言，如果握有了生杀大权，人人都会担惊受怕，不仅如此他们还会溜须拍马甚至“附庸风雅”。古书《尹文子》就说，春秋时期的齐桓公特别喜欢身着紫色的衣服，这个嗜好竟然带动了整个齐国的人都是非紫色衣服不穿。而那时的楚庄王则喜欢细肢柳腰，这居然搞得楚国人也是个个“节食省吃”。所以，上面人做什么，底下人也会跟着做什么。原因自然就是有个“权力”高高在上。谁人不怕权力？[754]

就其二而言，人人都是喜欢钱财利益的。拿出一块好肉，大多数人就会蜂拥而至，顾不得什么礼义廉耻了。《商君书》说，“民之性，饥而求食，劳而求佚，苦则索乐，辱则求荣”，所以“民之求利，失礼之法”。[755]而且，“民之于利也，若水于下也，四旁无择也”[756]。

如此说来，在变法的时候一手抓住权力，一手挠在追逐利益的人的痒处，也就没有办不成的事情了。中国法律思想的一些理论十分相信这些。

094　大鱼·小鱼·虾米

前一小节提到的那场远古争论，最后以商鞅话语的“得宠”而宣告结束。甘龙和杜挚本来说得也是颇为在理，但是，秦孝公毕竟手里握有生杀大权，加上秦孝公观察百姓也是从负面着眼，这便难怪“变法”终于占了上风。

在这里，我们还要注意另外一个问题。这个问题就是“大鱼吃小鱼，小鱼吃虾米”，或者“适者生存”。

甘龙和杜挚的意思无疑是讲“凡事顺其自然最好”。这个意思，初听起来倒是很轻松的，可是仔细琢磨一下便会发觉有时十分危险。假如现在有群人生活在一个地方，这群人里有的强壮，有的弱小，显然，顺其自然就会出现大鱼吃小鱼、小鱼吃虾米的“适者生存”状态。对于“大鱼”这当然是高兴的事情。但对弱者或者“小鱼”甚至“虾米”，这就难以接受了。甘龙和杜挚的那些说法似乎有点站在强者或“大鱼”的立场上的味道，忘掉了弱者或者“小鱼”和“虾米”。对于后面这些容易被自然淘汰的小生灵，顺其自然，肯定不是一个上策。

现在，我们将这群人想象成一群国家。一般来说，在一群国家之中总有大国强国和小国弱国，这样，顺其自然的结果就是前者容易消灭后者。当然，像甘龙和杜挚那样的人，如果身在小国弱国之中自然是不会容忍弱肉强食的。但是，在小国弱国中鼓吹顺其自然，也就等于不自觉地在大国强国和小国弱国之间容忍弱肉强食。说到这里，我们也就较为容易明白，为什么在那些弱小国家里人们最为容易提到“变

法"，而那些激进的话语也容易受人青睐。当商鞅和甘龙与杜挚唇枪舌剑的时候，秦孝公的秦国恐怕正是不太强大。《韩非子》讲："法与时转则治、与世宜则有功"，而"恃外不乱而治立者削，恃其不可乱而行法者兴"。[757]

在中国法律思想的不少理论中，"弱肉强食"正是一个思考的出发点。像在清朝末年，梁启超说，中国可是像一只弱小绵羊一样站立在西方虎狼之间，此时要么是变法图强，要么是任人宰割，"变亦变，不变亦变"，变才"可以保国，可以保种"。[758] 更何况"法行十年、或数十年或百年而必弊，弊而必更求变，天之道也"[759] 。而严复讲，地球上的生存规律就是"物竞天择，适者生存"，"如今日中国不变法则必亡是已"。[760] 康有为则是更早说了，"人道竞争，胜强弱败，天之理也"[761] 。

这就有如民国学者陈序经稍后总结的：

自鸦片战败以后，中国屡受外人之压迫，中国逐渐知道排外是势所不能，因为文化的东渐，决非顽固不准外人来中国所能阻止。[762]

095　理性的力量和意识形态"诡计"

当然，有了权力和对人性的"准确"认识，有了"奋起直追"的激昂情绪，并不意味着变法或说法律改革就一定可以顺畅地从胜利走向胜利。变法有成功的，也有失败的，这便有了"怎样变"的问题。

大凡主张变法的理论暗中总是不自觉地坚信了一条：人具有工具化的理性。这是讲，人可以具有足够的认识世界的能力，并且能够驾轻就熟、实践自己心中所想。《商君书》说："民之生，度而去长，称而取重，权而索利。明君慎观三者，则国治可立，而民能可得。"[763]

不过，变法通常是针对国家法律来说的，其意思是改变国家法律的内容。既然改变，接下去就有个变得是否完善的问题，毕竟完善了才能从胜利走向胜利。“理性主义”觉得，假如现在是一夫多妻制，而变法想把它变成一夫一妻制，那么就可以将一夫一妻制制定得非常完善。比如，首先定下一个男人只能娶一个女人，接着，定下有妇之夫和另一女人同居就是对一夫一妻制的公然挑衅——重婚，必须严加惩处，再接着定下丈夫有什么权利，妻子也跟着有什么权利，再接着定下夫妻财产各人一半，感情不好时可以离婚，但离婚后的财产妻子占一半甚至更多，再接着孩子生了下来，既可以随父姓也可以随母姓……变法者可以充分发挥想象力，将一夫一妻制所需要的方方面面逐一写下。而如果非要将女人的“长发制”变为“短发制”，当然也可以照此办理。

除了坚信理性的力量之外，主张变法的理论又特别不自觉地相信了意识形态“诡计”的作用。意识形态“诡计”是说一个人可以对另外一个人或一些人“进行思想灌输”，告诉后者，变法将如何能够使他们的日子由坏变好，或者锦上添花，最后后者自然而然地接受了变法的计划，就像受到催眠一样。比如，还是那个一夫多妻制，当它存在的时候，不少妇女总会认为它有合理的地方，并且有时自己心甘情愿当妾做小，而变法者想要变法就可以搬出意识形态“诡计”，告诉妇女：第一，人都是平等的，而“一对多”就是不平等的；第二，一夫多妻是“男权”的一种表现，它本身就利用了妇女逆来顺受的弱点，而逆来顺受总是不会有好结果的；第三，一夫多妻时妇女难免要看男人的脸色行事，而这本身又是不应该的（为什么不能让男人看女人的脸色行事？），至少应该是谁也不看谁的脸色；第四，也是最根本的，扔掉一夫多妻制至少可以阻止男人喜新厌旧的习气，而男人喜新厌旧对妇女来说是个揪心的灾难；第五……

相信理性的力量，和相信意识形态“诡计”的作用，是相互连通的。有能力将法律定得天衣无缝，自然有能力巧舌如簧把变法说得完美动听。变法者暗下有这等潜意识。

096　张居正的“新政”

明代的张居正有思想，又能干。笔者现在提到他是想借他变法“新政”的个案来讨论前面两小节的理论问题。

其父是个小地主，不知聪颖有限还是运气不济，七次考举七次未中，于是“学而优则仕”的梦便落在了张居正的身上。二十三岁那年，张居正争气，考中进士，还进入中央政府机构做了一名小官，圆梦了。但是七年下来可能是阴差阳错，所以没什么晋升不说而且毫无作为，无奈之下于1554年称病还乡。在乡里歇息的日子里张居正再次苦读圣贤书，将诸子百家的经典一一重新温过，读来读去终于发现法家思想最为激动人心。他发誓若日后东山再起，必将法家理论与具体实践相结合。

1560年，机会渐出萌芽。他的老师慧眼识珍珠，将他推荐到皇室做了太子教师。已过不惑之年的张居正从此青云直上，并于1567年开始成为“第一权相”。

由于头脑中充斥法家式的“权力”和“人性恶”的话语，再加上潜意识里的“理性主义”和“意识形态诡计无所不能”的观念，张居正展开了大刀阔斧的变法“新政”。“新政”自然是多方面的。可是结果似乎并不乐观，至少在某些地方失败了。张居正有思想，更有意思的是他还具有过人的理财技能，他规定了收税要一丝不苟，严格依照法令。他还事必躬亲，审核账目、制作报表、稽查期限等。[764]然而，就是在财政税收的变法方面他好像非常失败。有学者说，“张居正的目的，在于

国富兵强。理财本来也是他的专长，但就是在此专长之中，伏下了失败的种子”[765]。

原来，张大人所处时期，全国县一类的行政单位就有一千一百多个。这些单位虽说都有“县”的名分，可是彼此差距甚远，有的富有的穷，它们在税上本身就是难以一刀切。再有，官方所用度量衡在大小轻重上整齐划一，而民间的度量衡则是千奇百怪，这就造成了计税混乱不堪。在官方那里税粮称起来是一石的，到民间那里可能就是二石甚至三四石了。此外，许多县的耕地几百年间没人丈量过，要么增加了，要么减少了，有的甚至模样都变了，而过去的老税额还是照计。更为重要的是税额较高的县每每收税收到六成时，就寸步难行，因为：

即使富裕的地主也会仿效贫穷的自耕农拒不纳粮。他们根据多年经验，知道一个县官无法长期和成百成千以拖拉方式拒不纳粮的户主抗衡。旧税未清常常是新税之累，所以官方只好用种种名义把未收的部分减免，其后果就等于鼓励拖欠和拒不纳税。县官对税的户主没有别的办法，只能拘押一些人在官衙前拷打，以为其他欠税者戒。然而这些欠税人应另有对付的办法，他们可以贿赂衙役，雇佣一批乞丐代他们挨打……[766]

现在，我们就来说说上两小节提到的理论问题。

先说第一个问题：权力。张居正当年推行“变法新政”，大面上讲应该说是手中权力强硬。可是有权力不意味着可以顺利推广“变法新政”。权力，在小国家里运用起来可以得心应手，但在大国家里运用兴许就会力不从心。刚才说了，“一个县官无法长期和成百成千以拖拉方式拒不纳粮的户主抗衡”。这表明，人多的时候权力总会鞭长莫及。在一个县里是这样，何况当时全国有一千一百多个县。有人会讲，原本多设些官吏就可以解决问题了。但是，官吏一多，便会需要国家“财政

足额”。这对于一个农业生产力不是很强劲的大国，当然是难以想象的。

此外，官僚一多还会产生一个更难解决的“技术”困难：借助官吏权力的环环相扣、层层使劲，权力的效果才会由起点传到终点，而有一环节出现问题，权力的纵深力量就会夭折。《韩非子》曾经想象：“摇木者一一摄其叶，则劳而不遍；左右拊其木，而叶遍摇矣……故吏者，民之本……圣人治吏不治民。”[767]《韩非子》的想象有个假设前提，官僚系统就像树枝结构一样容易控制。张居正也是相信这点的。可是，官人是活人，树枝是死物。树枝长出后不会自己“惹事生非”，而且它们之间是连体的。而官人就会八面玲珑、见机行事。官人之间也不是“连体”的。这就不奇怪为什么有人“可以贿赂衙役，雇佣一批乞丐代他们挨打……”所以，有人评论了：在明朝“以我国幅员之大，交通通信又极落后，任何有能力的内阁，也不能对各种地方官吏有周密的了解和实际的控制”[768]。如果我们回想起战国和秦朝，那么这些东西好像也可以从侧面说明为什么商鞅时代的秦国是小国，权力运用起来得心应手，改革一举成功，但到了秦国统一中华，“家大业大”，权力运用起来就有些力不从心，最后终于分崩离析。

再说第二个问题：人性恶。主张人性恶，有时是为了借此使用赏罚之器。说人性恶也就是在说人是“趋利避害”的，这样，威逼利诱，人也就自然会走上变法这条道路。近人胡适就说：“我们不能使人人向善，但制度的改革却能使人不敢轻易作恶。”[769]他还说：

人性是不容易改变的，公德也不是一朝一夕造成的。故救济之道不在乎妄想人心大变，道德日高，乃在乎制定种种防弊的制度。中国有句古话说：“先小人后君子”。先要承认人性的脆弱，方才可以期望大家做君子。故有公平的考试制度，则用人可以无私；有精密的簿

记与审计，则账目可以无弊。制度的训练可以养成无私无弊的新习惯。[770]

但是，我们也得注意，如果变法带来的东西对个人来说利小弊大甚至无利可图，个人有时便会想方设法规避逃逸。有了这点，再加上刚才说的“权力鞭长莫及”的问题，变法之艰难也就可想而知了。

当然，讲人性恶，有时是说人都是贪财的，见利忘义、喜新厌旧。既然如此，对付人的时候首先要看准人的这个大毛病，而在变法的时候就要把人“想要什么”琢磨清楚，并且承认这些利益之中某些利益的“正当性”。这样，变法就会处处受人欢迎。典籍《管子》就说：“人主之所以令则行，禁则止者，必令于民之所以好而禁于民之所恶也。民之情莫不欲生而恶死，莫不欲利而恶害。”[771] 康有为也说，所有人都是“求乐免苦而已，无他道矣。其有迂其涂，假其道，曲折以赴，行苦而不厌者，亦以求乐而已。虽人之性有不同乎，而可断断言之曰，人道无求苦去乐者也。立法创教，令人有乐而无苦，善之善者也”[772] 。

可是，人之间的利益总是矛盾的，资源有限，天然“蛋糕”也就一块，分来分去总有些人多些，总有些人少些，甚至有些人连味道都未必能闻到。如此，“变法”的结果实质上又是利益分配，它残酷的时候又将是从一个人兜里掏出来钱来送给另外一个人。对于一个大国家这样的问题更会严重。

看看第三个问题：理性主义。理性主义是种自信，国人这种自信有时到了“人定胜天”的地步。既然“人定胜天”，地上的事务也就不足挂齿了。可是，我们的思考能力面对一个“地大物博、人口众多”的国家究竟可以发挥到哪里却是难以想象的。显然，许多事物复杂多样，光靠推理自然不够，事物本身有时就是非理性的，并不一定遇到理性意志便有理性秩序，对那些非理性的东西，甚至用直觉乃至臆想都不

能抓住把握、将其收入囊中，更何况那事物还是千变万化的。说到变化，就要说到未来，而说到未来谁又能肯定事物发展注定是这样，而不是那样?

再有，用理性认识事物有个成本问题。单说张居正所在的明朝万历年间，全国就有一千一百多个县。在各个县里就有数不清的地形地貌、风土人情以及各怀鬼胎的地主农民，认识这些需要数不清的人力、物力、财力，还有数不清的时间。这都是令人望而却步的成本难题。实际上，大凡变法，包括张居正的变法，不是也不可能是不折不扣的理性主义在那里发挥作用。因为，人们不可能没完没了地支付成本。这也可能碰巧说明了为什么有些变法成功了，有些变法失败了。毕竟，有些影响变法的因素，我们几乎是无法知道的。

看看第四个问题：意识形态“诡计”。只要变法，变法者几乎没有不说变法将会领人步入天堂的。这也许是个规律。但是，规律归规律，成效归成效。释放了“诡计”不一定就会“硕果累累”。张居正当年改革税制，自然会说新税制对国家有利，对国家有利就会使国家富裕，国家富裕了当然也就对百姓有利。可那时有人依然是偷税、漏税，甚至抗税，挖空心思对抗变法。意识形态“诡计”的成效实在难说一二。弄得好，人们就会像受到催眠一样让“诡计”牵着走；弄不好，人们依然会静悄悄地自行其是。

正是因为有这些复杂问题，所以有人断言了，“张居正的根本错误在自信过度，不能谦虚谨慎，不肯对事实作必要的让步”[773]。这也可说是对所有变法者的一个讲法。

097　外国“月亮”·移植法律

大致来说，改变法律现状有三个路径：第一个是学习古人的经验。先人里面总有圣贤。圣贤之人总会有经典论说甚至“传世语录”。第二个是学习外国人的经验。外人或有理论或有技术，本国人为避免夜郎自大需要仿效。第三个是自己创新思考。创新思考是一种“发明创造”，而且更为重要的是它可以使人具有一种自豪感。

在法律改革问题上，第一个路径是少用的，甚至不用。在今天尤其是如此。第三个路径用得也不多。古时人们可能用一下。像张居正的法律改革应该说是第三种路径的一个实践。明朝时北方游牧部落以及俄罗斯等发展得并不理想，不能和明朝相提并论。东方的高丽人和“倭寇”、南方的蛮番，和明朝也是不可同日而语。至于西方，那时也是刚刚起步。所以，张居正的法律改革有点独来独往的意思。当然，纯粹的第三种路径是极少见的，不论怎样，“创新思考”总会融合一些古人或者外人的东西。虽然有位法律学者说“立法之主要精神，重在创造不在模仿……以言法制内容，既不能完全继承或模仿外国法”[774]，然而这话的弦外之音，也是承认了创造自然难是完全独创的。

现在，我们仔细看看第二种路径。

近代开始，中国世俗社会的经济发展越来越缓慢。不仅如此，出现了几次洋敌入侵，中国愈发显得每况愈下。这时，中国法律思想的一些理论终于萌动了照搬西方的念头。国人在想，除了经济技术的发展，西方人的法律制度也应更胜一筹。经济和法律本身就是一个事物的两个方面，经济的突飞猛进需要法律规矩的支持；法律规矩的彰显需要经济发达的支持。西方人似乎早已将这类道理考虑清楚了。所以，西方人的法律之器应该“照搬”。

康有为说，“近泰西政论，皆言三权，有议政之官，有行政之官，有司法之官，三权立，然后政体备”[775]，其实，“夫国之政体，犹人之身体也。议政者譬若心思，行政者譬如手足，司法譬如耳目，各守

其官，而后体立事成”[776]。这里的“泰西”指的就是西方国家了。康有为特别相信，“行三权鼎立之制，则中国之治强，可计日待也”[777]。

而谭嗣同则有这番见解：“西国于议事办事，分别最严。议院议事者也；官府办事者也。各不相侵，亦无偏重。明示大公，阴互牵制。治法之最善而无弊者也。”[778]对于严复来说，西方国家的“法令，所以保民身家者也；我之刑律所以毁人身家者也”[779]。严复的话可能说得更重了。

在这里，有人可能提出这样一个问题：将西方的制度借鉴到中国本土来，就像移植人体器官或植物一样，是否可以成功？这个问题回答起来可能是十分复杂的。不过首先应该注意，这个提问本身就有一个假设前提：将西方人法律借鉴到本土来是一种“移植”，而“移植”就是一个“环境适应”的问题。医学家会说，如果是移植人体器官就要看看被植入器官的人体的身体“环境”，身体“环境”不行，比如身体其他原有器官已经不能给予相应的支持，或者还有其他疾病缠身，等等，那么移植一般就是没有意义的。植物学家会讲，移植一类植物就要看看当地的地理气候环境，假如当地的土质、水质、气温与植物原先所处的完全是不同的，植物的“迁移”可能就会徒劳无功。比如，明明是热带雨林地区的草本植物，非要让它在北极开花结果，当然是异想天开了。

应该这样讲，将西方人法律借鉴到本土来的确有个“环境适应”的问题。像死刑，在不少西方国家里已经彻底废除了。西方人说死刑是不人道的，有人杀人了便将杀人者杀死，不是“恶有恶报”或者“匡扶正义”，而是恶性循环的人杀人后再杀人。而且，将人处死就使犯人没有了重新做人的机会。所以终身监禁已经足够。这样一个废除死刑的法律在西方推行得很有意思，西方社会也没有因为这一制度使罪犯变得日益有恃无恐。但是，将其借鉴到中国本土来，效果极为可能有限。

国人对罪犯杀人的理解总是一个“天理不容”的概念，国人总在宣称“不杀不足以平民愤”，加上恶性犯罪时常猖獗，人们更是恨之入骨。如此提倡废除死刑可能适得其反。

可在另一方面，我们也要注意，将西方法律借鉴到本土来并不完全是个“环境适应”问题。有时，这可能是个“反适应”的问题。这话是讲，借鉴西方的法律其目的恰好不在于使其适应本土的环境，反之，这是在想如何改变那个环境。

像国人官吏审案断狱，长久以来，喜欢“追问”“纠问”。一个案子到了官吏那里，他便会无所不问，无论是证据问题还是法律问题，都要依着官吏的思路加以整理。官吏不愿意也更不喜欢案子里的当事人发挥自己的官司才华。在国人的本土环境中，审案断狱的官吏是“父母”，不是中立的裁决人，即使你有你的官司权利，可在官吏的审案权力面前那权利显得微乎其微。在说英语的国家，审案断狱的官吏就大不一样了。那些官吏倒不觉得自己是“为民父母”，他们只想中立地倾听双方争论，当双方陈述完毕他们才站立起来做出判决。这样，借鉴英语国家的审判方式便是希望改变国人审案断狱的方式和观念，改变和这相关的本土环境（当然，现在国人的审判制度已经朝这方向改变了）。

我们可以将这里的说法推进一步。中国法律思想的一些理论，喜欢甚至鼓吹照搬西方的法律制度，它们的初衷也许正是希望一点一滴地改变国人世代相传的“本土环境”。

说到这里读者会想到前面第092、093小节提过的“敢叫日月换新天”。在那两个小节以及其后的三个小节里，我们讨论了这类胆量的四个根据：“相信权力”“认准人性恶”“坚持理性主义”“预支意识形态‘诡计’的效果”。至于积极主动地改变本土环境的精神是否有效，我们在谈论那四个根据的时候已经间接地涉及了。在此只需补上一句：这种

精神必须肯定，但若以成败论英雄，那么我们还要想到其他因素和运气。

098　共同的需求·现代化

在前面几小节以及全书中，“人性恶”这个词被多次使用。说来，在现在中国法律思想语境中这词的使用率极低。但是不用这词，不意味着该词表达的意思也被摈弃了。今人是用另外一些语词来表达其意思。今人会说“人有需求”“人要吃喝”“人不愿意受到惩罚”“人首先关心自己的事情”……

值得注意的是，这些现在的语词无形中带有了一些中性或褒义的意思。这话是说，我们今人倾向于从肯定的角度用这些语词去说人性，不像古人那样主要从否定的角度去说。在现代，人们的思想里大多已凝聚了不少潜在的“权利”话语，于是，看人的需求与“自我意识”时容易从“权利”的角度去看、去理解、去体会。比如，“人要吃喝”“人不愿意受到惩罚”，今人会以为那是“权利”的一个意思表达，那是应该如此的，并无需要指责的地方。相反，没有这样一个意识，人才是不正常的，才应该受到指责。

说“人”如何如何是想表达一个普遍的意思：所有人是怎样的。而讲到所有人是怎样的我们就来到了这样一个命题之前：人具有相同的需求。无论如何，西方人是人我们国人也是人，大家总有一个共性。既然具有共性，为什么西方洋人具有的法律制度，我们国人不能仿效？西方人要吃、喝、结婚、生育、赚钱、议论、表达喜怒……国人自然也有这些需求。西方人根据那些建立了相应的法律制度，国人为什么不能建立相应的东西？况且，实际上国人古时的许多法律制度比如刑法，和西方人的相差无几。既然我们明白了，就不能也不应该抱残守缺。

这是中国法律思想现代的一些理论主张“拿来主义”的另一理由。

有书说，学习西方的法律技术和法律概念不必犹豫。因为，“社会主义国家在建立自己的法律制度时，不可避免地要有选择地利用这些现成的法律技术和概念。否则，就无法建构自己的法律体系”[780]。而就那些有关经济以及公益之类的具体法律制度来讲：

资本主义国家反映商品——市场经济一般规律的法律原则和规范，如有关市场主体、市场要素、市场行为、市场调控、国内市场与国际市场的联系等法律规定，经过社会主义国家的选择、改造和加工之后，可以纳入社会主义法律体系之中。[781]

在公共事务规范中有许多属于技术性规范或者是反映社会整体利益的规范。例如，有关交通、环保、卫生、资源、人口、水利、城建的法律规定即是。这些“执行由一切社会的性质产生的各种公共事务”职能的法律显然可以为社会主义国家所吸收。[782]

这里的“社会主义”，当然主要是指中国，而所谓的法律“技术”“概念”“原则”“规范”“规定”等自然也是主要在说西方人的法律文化。这就应了法国学者罗迪埃（Rene Rodiere）的这样一个观念：人类总是具有共同的需求，所以，走在前面的法律文化对稍后的法律文化总会具有不自觉的同化作用。[783]

现在，我们思考一个问题：人都是饮食男女，具有类似以至相同的需求欲望，这样，类似或者相同的法律制度是否可以起到类似或者相同的效果？从理论上看，这不应该是个问题。但是我们还是可以追问的。因为这里面似乎有些不太清楚的东西。比如，国人和西方人都要吃饭，一日三餐，终日不变，可是大家吃饭的方式就大不相同了。国人喜欢相互协调的筷子，而西方人喜欢各司其职的刀叉。现在，为了改变国人的用餐方式，以大家都要吃饭为理由将刀叉“引进”国内，

广为推行，其效果会是怎样？可以想象大多数国人将是依然我行我素。这似乎表明，同样的需求可以具有不同的满足需求的方式，而一旦一种方式建立了就有可能排斥另外一种方式的同化。因为，国人觉得刀叉方式的效果显然不如筷子。当然，我们可以强行推广使用刀叉的方式，可是强行的结果是否会破坏国人的饮食欲望？如果破坏了，还能说需求欲望是相同的吗？如果没有了相同的需求欲望，自然也就不用说推广效果好不好了。

其实，在法律制度中也可找出类似的问题。国人和西方人一样都有法院判决之后尽快执行的需求和愿望，对这种需求和愿望，国人像西方人一样也有类似的判决执行制度。可是，谁都知道，执行在国人这里几乎是最为令人头痛的事情。一个欠债的小案判决下来，总有可能少则一年半载，多则数年，这钱不能悉数收回。西方人听说这事都会觉得不可思议。因为，在那边，执行制度的运作不仅一丝不苟，而且游刃有余。

这个“效果”还有另一方面的问题。这是说具有了相同的需求欲望，引入效仿外人的法律制度，其目的还有推进一种东西发展的意思。从基本面上讲，国人和西方人一样都是喜欢效益的，都有这样的需求欲望。可是西方人的经济现代化的发展较为顺利，法律制度也是比较完善。这就引起了国人的兴趣：引入相应的法律制度是否可以让国人的经济现代化同样较为顺利？大致来说，有些国人是这样想象的。毕竟，正统理论在说经济基础决定法律这种上层建筑的时候也说过后者对前者的反作用，甚至说过，反作用也是不可小视的。

但是，考察世界其他和中国一样在现代化面前焦急万分的国家，答案好像不太乐观。1922年，土耳其直接引入了法国民法典，认为这部民法典对法国的经济兴旺起到了重要作用，也相信这部法典应对土耳其具有类似的成效。可是，近百年已经过去了，土耳其人除了可以

偶尔不含糊地闯入伊拉克北部处理一下库尔德人游击队之外，经济上的作为似乎没有什么可以炫耀的。1962年，埃塞俄比亚照抄了瑞士民法典，相信那部民法典可以带来瑞士式的富裕与福利，可是，瑞士还是瑞士，埃塞俄比亚还是埃塞俄比亚……

说到这里，我们似乎可以得出这样一个结论：类似的需求可以促成类似的法律制度，搬来外人的法律也没有什么技术上的困难，但是，类似的法律制度倒不一定具有类似的成效。而如果没有类似的成效或者不能达到目的，我们是否还有另外的道路可走?

小结

从古到今，中国法律思想都在关心一个问题：法律改革。“天变了，道也得变”，这是许多研习法律的人的想法。大致说去，前面小节提到的各类理论也都是这样思考的。它们讲出了许多理由，并且表现出了“敢叫日月换新天”的精神。“忧国忧民”这一千年古训，激励着许多法学中的仁人志士去追求变法图强。

早在古时，《韩非子》提过一个故事：和氏璧。故事讲，春秋战国时期的楚人和氏在楚山采到一块宝玉，宝玉到手之后，和氏便想将它献给楚厉王。可楚厉王不识货，便叫来玉工去识别真伪。玉工水平极低，看了一眼就说“那是一块石头”。于是楚厉王以和氏犯有欺君之罪砍掉其一只脚。过了几年，和氏又拿着宝玉去见楚武王，结果还是一样，和氏又被砍掉了一只脚。又过了几年迎来了楚文王的统治。楚文王识货，当和氏再将宝玉献上的时候，楚文王爱不释手，并叫人精雕细刻，称之为“和氏璧”。[784]

《韩非子》随后给出了一番议论：“夫珠玉，人主之所急也。和虽献璞而未美，未为主之害也，然犹两足斩而宝乃论，论宝若此其难

也。”[785]在《韩非子》那里，“宝玉”正是暗指变法图强，而和氏兴许就是暗喻韩非自己了。无论怎样，那时的韩非恰好怀才不遇。

但是，法律改革终究是个复杂的问题。它本身的成功以及可以带来的成效，并不单单取决于我们改革者的“蚂蚁”精神或者“和氏”精神。法律改革历来有成功者，也有失败者。这本身就足以表明法律改革是个“可能世界”中的事件。毕竟，许多影响法律改革成败的因素我们是难以知道的，甚至无法知道。和氏的手里是块宝玉。但是激进的变法改革倒未必是块“宝玉”。

第十章　顺势而为

法律改革有失败者，这便使人们容易想起另外一个思路：凡事顺势而为。前面第093小节说过社会变化大致有三种情形。第一种是往回走，第二种是往前走，第三种就是顺势而为了。

现在我们要说的就是第三种情形。中国法律思想的一些理论尤其喜欢这种情形。

099　众人心·习俗

激进的法律改革有时会失败，究其原因，恐怕十分复杂。将它说清楚不是一件容易的事情。但是有一点是可以拿来说说的：它和众人心有时有不相合的地方。不相合就会遭到普遍抵制，抵制力过大改革便会夭折。前一小节提到的刀叉顶替筷子的问题正是有点这个意思。再前面提到的张居正变法，也有点这个意思。

“众人心”是指众人想什么、希望什么。孔子讲：“宽则得众，信则民仁焉，敏则有功，公则说。”[786] 孟子也说：“得天下有道，得其民，斯得天下矣。得其民有道，得其心，斯得民矣。得其心有道，所欲与之聚之，所恶勿施尔也。”[787]

当然，在这笔者无意去说说“得民心者得天下”之类的王者之道，毕竟，就这里的主题来说众人心是表面的东西，其背后才是重要的。我们可以这样认为，众人想什么或者希望什么，往往是和众人的生活习俗有着密切联系。在许多情形下，不是人们想什么或者希望什么才有一类的生活习俗；而是反之。我们国人走到哪里都想喝茶品茶，这

自然是来自我们的饮茶习俗，而西方人走到哪里都想喝上一杯咖啡，这也是来自他们的饮咖啡习俗。似乎看不出来有了饮茶喝咖啡的欲望才有这些习俗。如此来看，顺应众人心也就是顺应他们的生活习俗，反过来逆着众人心，也就是逆着他们的生活习俗。而孔孟等圣人提醒世人众人心的重要，恰是在侧面提醒生活习俗的重要。

《慎子》也有这个意思。它说：

法非从天下。非从地出。发于人间。合乎人心而已。治水者，茨防决塞，九洲四海，相似如一。[788]

《管子》也说：

令于人之所能为则令行，使于人之所能则事成。[789]

前面，我们多次提过《商君书》这个文本。这是个较为激进的变法话语文本。大致来说它不太在乎习俗之类，相反，倒是时常希望像割除野草一样割除习俗。可是这个文本却又说过这样的言词："圣人之为国也，观俗立法则治，察国事本则宜。不观时俗，不察国本，则其法立而民乱，事剧而功寡。"[790]如此讲来，《商君书》偶尔也有与孔孟和《慎子》类似的观念。

100　法律制度的形成

关照众人心，也就是尊重众人的习俗。尊重众人的习俗用今天人人熟悉的词来说就是"考虑国情"。当然，"国情"的内容可就大而无边了，它可以包括习俗、需要、伦常道德、宗教……我们首先应该注意，"考虑国情"包含了这样一个法律观念：法律是而且应该是自发地来自社会的，不是也不应该是"天马行空""独来独往"的意志产物；法

律制度的形成是自然顺势的，而不是强行人为的。大凡赞同“顺势而为”的法律变迁的中国法律思想都有这个观念。

瞿同祖说过：

法律是社会产物，是社会制度之一，是社会规范之一。它与风俗习惯有密切的关系，它维护现存的制度和道德、伦理等价值观念，它反映某一时期、某一社会的社会结构，法律与社会的关系极为密切。[791]

而《礼记》早已提到，“修其教不易其俗，齐其政不异其宜”，因为，“中国、戎夷五方之民，皆有性也，不可推移”。[792]

在这里，我们需要注意这些中国法律思想里的“是”与“应该”的问题。在瞿同祖先生的言词里，我们可以看到“是”的问题。而在《礼记》那里，我们可以看到“应该”的问题。这是说瞿同祖先生似乎在讲“法律是社会习俗的产物”，而《礼记》却有些“法律应该是社会习俗的产物”的意思。

这个区别可能十分重要。因为，这两种表达方式背后隐藏了两个观念。我们先说其中一个观念。大致来讲，人们容易认为法律是种白纸黑字的规定，是立法的产物。前面讲过的一些激进的法律改革理论都有这个下意识。不过，这种法律生产出来后有个问题尚未解决：它们是否会得到官人以及百姓的执行、遵守？执行、遵守了，当然没有问题。如果没有执行、遵守就会出现“文字法律”搁浅或者被冷落的现象。而假如真是被人冷落，还能将它叫作“法律”？说到这里，有人会认为当然可以继续叫作法律。可是，有人也许会认为，依然将它叫作“法律”有些轻浮了，至少使“法律”一词本身显得面无光彩。因为，制定出来了还会遭人冷遇，“法律”的庄重威严何在？而且，在官人和百姓的行动中才能发现真实有用的“规矩”，如此，强调“文字法律”自

会误人误事。依照这类思路想下去，就会认为，看法律不要看白纸黑字的东西，而要看官人及百姓天天说什么、做什么，在这些“说做”之中才有真正的法律。这类“法律”才是威不可测的。这个观念叫作“行动中的法律”。西方人说过这点。今日的某些法律社会学和法律人类学的文本，也有这样一种观念。

有了这个观念再看瞿同祖先生的“是”的说法，我们就可深入体会一二了。法律既然是“行动中的法律”，它自然就是社会习俗的产物。认为它与社会习俗没有什么关系，则是天大的误会。当然，瞿同祖先生并不一定赞同“行动中法律”的观念，实际上，他依旧以为白纸黑字的法律照样是法律，[793]只是笔者觉得，在这样一种“是”的说法里，其深层观念换上“行动中的法律”的意思可能是更为合适的。

现在讨论另一个观念。另一个观念是讲法律的效力与实效。效力是指，法律被制定了就应畅通无阻。而“实效”便是指文字法律的实际效果。如果官人和百姓自行其是，那是法律的“实效”出了问题，“效力”还是失掉。但是，区分这两点有时是提醒法律应该注意自己的“实效”，不要总是记着自己的“效力”。民国初年的法律学者孙晓楼对当年民国法律实效的困境有过一番议论：

什么假释呀，什么缓刑呀，什么禁酒呀，禁烟呀，废娼呀，什么女子继承权呀，在法律的形式方面，好像是非常公正，不过实际如何呢？究竟能不能执行呢？立法的人是不管了。上海各法院里确定判决的案件，单就民事说，可以执行成功的竟不到半数……[794]

瞿同祖先生也说：“条文的规定是一回事，法律的实施又是一回事。某一法律不一定能执行，成为具文。社会现实与法律条文之间，往往存在着一定的差距。”[795]这些话讲的正是那个“提醒”。

用这个观念来看《礼记》的“应该”一说，就可以感觉到《礼记》是在不自觉地讲究法律的实效。其实，在主张“顺势而为”的法律思想中，不少思考正是担忧法律的实际效果。当然，对于赞同“行动中法律”观念的人来说，他们肯定会追问：没有实际效果，谈论效力恐怕就是没有作用的，如此倒不如直接抛弃之。说到这里，就是另外的问题了。

在“文字法律”面前，“行动中的法律”的观念可能是不客气的，“法律实效”观念则有点含蓄。但是，它们的共同之处都是主张或者希望：法律制度是或者应该是自发地来自社会本身。回到法律改革的主题上，可以认为，它们的潜在意识都在期盼法律和社会有个默契的配合关系。

101　习俗的地方性·国情·“和奸”

强调法律自发地来自社会本身，无形中强调和尊重了习俗的地方性。这就是“无其习惯而徒有其法令，辄望其事实产生，固断断不可得也”[796]。在前面第078小节，我们说过民间法的地方性。这是一个重要的法律观念。习俗和民间法有着密切联系，有时，它们可能恰是一个东西的两个方面。就法律改革来说，讲社会本身如何也通常是在讲习俗与民间法是如何的。

《荀子》讲到，只要有点作为的治国能人都会眼观六路、耳听八方，摸清摸透各地的习俗惯例或者“民间法”（当然《荀子》没有直接用过这词）之后再作理论。这就有如春秋战国的鲁国人喜欢用碗，卫国人乐意用盂，齐国人想背皮囊，环境习俗惯例大不相同了，器械装饰就会各有所好，而聪明人是关注这些的。[797]

《礼记》记载，有人曾向孔子请教“礼”的学问，孔子似乎知道“本质主义定义理论”的毛病，所以避而不谈“礼”的概念或者固定内容，迂回左右而说这地方或那地方的“礼”。他说：“为了了解夏朝那阵子的礼，我便去了杞国，而为了了解殷朝的礼，我就去了宋国。在两个地方我得到了两本书。一本是《夏时》，一本是《乾坤》。在这两本书中，我明白了各地方礼的不同内容。”[798] 以这种方式，孔子机巧地讲述了“礼”俗的地方性。在《礼记》中，我们还可看到这样的表达：“礼，时为大，顺次之，体次之，宜次之，称次之”，而且，“礼之大伦，以地广狭；礼之薄厚，与年之上下”。[799] 此外，“礼者，天地之序也……礼以地制。过制则乱”[800]。这些话大致上也是在说“礼”的地方性。

在前面第008小节，我们说过，在中国这个特殊的法律语境中，“礼”之类的民间惯例总是可以划入“法律家族”的范围。如果以这种方式看待“法律家族”的成员资格，那么，激进的法律改革话语实际上是在主张用国家法律来排斥礼俗惯例。而“顺势而为”的观念则是希望法律家族成员各有一席之地，同时希望，即使认为国家法律是高一等的，也要让国家法律和礼俗惯例之间关系融洽。这里又涉及了“宽容”的问题。是否应该“宽容”，在前面第079小节我们已经详细讨论过了。

“地方性”一词的用法，有点学究的味道。如果用大众化一些的语词来说同一个意思，该词便可换成“具体情形”。今天国人特别熟悉“具体问题具体分析”这套话语，所以，提起“具体情形”自然是倍感亲切。这套话语和刚说的《荀子》以及孔子的意思，也是大同小异。“具体情形”一词是个相对意思的提法，一个小地方的情形可以说是“具体情形”，一个相对大点地方的情形也是可以这么说的。以今天的眼光看，对古人来说，“具体情形”通常是古时中华之内的“各国”（如春秋战国时的各国）、“各民族”、“各地方”、“各时期”的“具体情形”。

而把话说到这里，我们倒是试图转向关心相对于世界而言的中国“具体情形”。因为，在近代和现代，国人的法律改革时常是以世界上的西方人为楷模，激进的法律改革话语有时唯西方人是举，似乎世界法律的现代化发展是以西方人为标准的，这便涉及我们的“具体情形”问题——国情。自然，假如刚提到的古人依然健在，他们兴许会继续说：先看看国情吧，毕竟法律有个地方性的问题。

提到国情，我们看一下梁漱溟先生讲过的一段旧事。他说，大概是清末光绪或者宣统年间，中国开始了一次重要的法律变革。由于西方人各方面的优势时时刺激着国人的自尊，加之清朝旧律实在有些陈腐不堪，皇帝便诏曰：参酌洋人法典修订大清法律。当时领衔主事的是法学兼刑务名家沈家本和伍廷芳等人。沈家本融贯中西法律，在清末法律业内可谓首屈一指。伍廷芳也十分有才，早年在英国伦敦研习过英国法律，还获得了英国律师的资格证书。当然，其他人同样属于精英。他们修律时曾为一项刑罪争论起来。这个刑罪就是“和奸”。

“和奸”是指男女因感情没有控制住而发生关系。“和奸”和现在所说的“通奸”略有不同。“通奸”常指有夫之妇或有妇之夫在外边和第三者、第四者甚至第五者之类的人物有奸情，而“和奸”所指的范围，要比其大一些。如果一个鳏夫和一个寡妇，一个未婚小伙子和一个依然在家的闺女做起了性事，兴许不属于“通奸”，但是完全可以用“和奸”论。

有些精英说，“和奸”不能定为罪。因为，西方世界十分宽容，西方人以为只要是没有妨碍别人的权利自由，就没有必要用法律干预。要是有夫之妇在外做出了越轨之事，算是损害了夫权，尚可定罪，但是没有类似的损害权利的事情发生也就没必要问罪了。有些精英则说必须定为罪。因为，西方人的规矩是西方人的，西方人的国情和中国

的国情不同，容忍“和奸”非常可能伤害国人的感情。国人总是谨小慎微，痛恨乱性，不治罪就会破坏纲常礼教……[801]

至于旧事的结果如何，梁漱溟就没有提到了。

其实，结果是不重要的，重要的是争论“对话”的过程。在那过程后面是重要的法律变革观念。前一派的精英看法基本算是激进的法律变革话语，而后一派的可以说是“国情”的“顺势而为”话语了。有意思的是，梁漱溟先生自己就喜欢后一派的话语。他讲：

私事不得干涉与中国重道德的风气不合——在西洋是个人私事旁人绝对不许干涉。一件事情，只要不妨碍公共秩序，就不算是犯法；不犯法，就可以随自己的意思去做，谁也问不着……西洋男女和奸，本来是不为罪的，因为他们两个人既然是各自愿意，又不妨碍到旁人，没碍到公共秩序，那么，你就用不着管他，你也不应当管他，那是他们的自由呀……西洋的道理就是这样讲法。中国可就不是这样看法了。在中国特别看重道德，就是说个人常常在改过迁善中，自己有了过失，无论大小轻重，总要常常去改，常常存个改过向上的意思。中国人既然如此看重道德，那么，在公众团体中如果把道德看着没关系，个人的不道德也不许旁人过问，这怎能合乎中国的意思呢？而人生向上亦是真理，亦是不能让步的。我们不能改了这个去讲自由。

总之，在中国有他的老道理，为人类所不能废。[802]

法律学者杨幼炯也是赞同这类话语的。他以为，“法律本为政府与人民行为之准则，法律之制定，应以本国固有之人情、风俗、地势、气候、习惯为根据”[803]。同时期的法律学者孙晓楼也说：“……一条法律的产生，一定要顾到社会上一切的活动，这种活动，无论是自然的还是人为的，都不能不加以相当的注意。”[804]其实，在那桩旧事后来的日子里，中国法律思想的不少理论都是强调“国情”的。显然，它

们相信，丢弃“国情”的法律改革不仅使新的国家法律无以生长，而且会使原有的本国秩序变得危机四伏。

现在，我们深入思考一些问题。

在前面第093小节，我们说过商鞅和甘龙与杜挚的一场争论，在第094小节，我们还提到了“大鱼吃小鱼，小鱼吃虾米”。清末的激进法律改革观念可说是商鞅话语的近代版本，而“顺势而为”观念则可说是甘龙、杜挚话语的延续。只是在清末和民国时期，中国的“国家”要比商鞅的“秦国”大上许多倍。“顺势而为”观念的一个要点，就是安于现状，就是避免明知不可为而为之。在说“大鱼吃小鱼，小鱼吃虾米”的时候，我们说了，这种安于现状可能会使一个国家落得像小鱼甚至虾米的下场一样。那时的大清及民国，在世界上好像特别像条小鱼或者一只虾米，常有被人蚕食甚至强食的意思和感觉。以这种方式来看，“国情”式的“顺势而为”观念岂不有点甘于当小鱼或虾米的味道?

这里应该注意，安于现状只是可能，而不是必然使一个国家成为小鱼或者虾米。就安于“法律现状”来说，也许更是如此。法律状态和一国的生存能力，也许并不具有必然的联系。即便我们假定了不同法律状态之间有个高低之分，“低档”法律的国家有时也可能变成大鱼，“高档”法律的国家倒可能成为小鱼或者虾米。翻开洋人和国人的历史，这类例子肯定是不少的。古希腊雅典城邦的法律文明绝对要比斯巴达城邦显得“高档”，可是，雅典人在伯罗奔尼撒战争中还是败给了斯巴达人。在古罗马，罗马人的法律——尤其是私法——文明在今人看来都是耀眼辉煌的，然而，法律制度十分落后的蛮族马其顿人却通过一场残酷的“蛮族”战争，告诉了罗马人“何谓弱肉强食”。而在我们的明代末年，拥有较低法律文明的满人剽悍地挥师入关，将拥有较高法律文明的明朝的天下变成了清朝的天下。这些历史事件表明，“法律现状”有时和大鱼、小鱼或虾米的问题没有联系。

我想，赞同“顺势而为”的法律话语是会用这种方式来反驳“小鱼虾米危机说”，进而讲“国情”之重要的。

此外，大清末年和民国时期的“国情”，还指中国是个偌大的农村国家，十个人里就有七八个是种地的，所以，凡事不想到农村便是坐而论道。梁漱溟说：

什么事情都有个根，开生机要在根上开；各项事情虽然相连相通，但其间亦自有个本末。譬如花木枝叶与根干相连，根固则叶亦茂；叶子都毁了，根亦吃亏；但生机只能在根上求，不能在枝叶上开出生机。中国社会无论从过去历史来说，从现在处境来说，乃至为未来打算，都必以乡村为根…… [805]

费孝通先生也说，“……那些被称为土头土脑的乡下人。他们才是中国社会的基层” [806] 。这些话讲的正是那个意思。商鞅时代，秦国也是遍地农夫，不过疆域毕竟小而又小，所以问题显得不是那么特别特殊和紧要。

偌大的农村国家涉及两个困境：第一个是国家权力有时“心有余而力不足”，而激进的法律改革则时常需要强而有力的权力传递。在讲张居正变法的时候，我们说过这个问题。 [807] 国人言语里的“天高皇帝远”“鞭长莫及”的字词用法，也是意指这样一个困境。第二个就涉及乡村社会本身的特质了。西方法律，大多来自商业社会或者工业社会，在那些社会里，人际关系、生活方式、伦常观念等一系列的文化意识形态的东西和乡村社会的同类东西，有着许多区别。生活在前者里面的人，借钱时喜欢写个字据立个契约，可生活在后者里面的人，就觉得这样不好意思甚至有些伤感情。这便是文化意识形态的区别所造成的。这些区别会使激进的法律变革支出昂贵的资源成本，因为，要改变文化意识形态是件费时、费力、费财而且可能不太讨好的事情，这

自然不如“顺势而为”来得轻松便宜。“国情”一说的理论，是依赖这些理由支持的。

这里还有一个问题。这便是法律知识的“档次”问题。刚才在说大鱼、小鱼和虾米的时候，提到了法律状态的高低之分。在那里我们假定了有个高低之分。其实，在“国情”一说的法律理论里，时常会有一种否定“高低之分”的话语倾向。它们会以为，法律规矩和经济技术大不一样。经济技术有个先进落后之分，法律规矩就难说了。“和奸”自由的法律在西方人那里可能特别合适，但限制“和奸”的法律在国人这里可能照样合适。人们似乎没有理由充分说明，一种法律规矩高于另外一种。在前面第076小节，我们提过民间法和国家法律是两种不同的知识，似乎没有“智力”上的高低问题。乡村人有自己的民间规矩，城市人制造了国家法律，用“智”“愚”两字都是有些不合适的。那里的道理也可以放在这里支持“国情”一说。在“国情”一说这边，它们似乎也正是认为，本土已有的法律规矩并不在档次上低于西方人的法律规矩。“国情”一说相信，法律规矩的优劣在于它的实际效果，如果“药到病除”了，就是一个好的规矩。

102　是老婆还是妹妹?

前一小节的结尾说到了法律知识的“档次”。经过分析可以发现，“国情”一说是不大赞同法律规矩有个高低之分的，因而以为不必将西方人的法律知识全部视为“金科玉律”。

现在，我们读个清朝年间的野史小案。这个小案有点意思。它也许更会刺激“国情”一说的兴奋神经。因为，它似乎表明，不仅洋人的法律规矩不是“金科玉律”，而且可能国人本土的规矩有时略胜一筹。

案子讲，当年甘肃安定县（今甘肃省定西市安定区）县令吴冠贤有一次外出，遇到了一对青年。他们跪地喊冤叫屈。男的说："我父母将她从小领来做我的童养媳，现在父母去世了，她要改嫁。"女的则说："我从小生来就是他的亲妹妹，现在父母不在了，他居然要强迫我做老婆。"吴冠贤一听觉得有点棘手，根据姓氏依然不能断定一二。接着，吴县令便问他们家乡在哪里，一问又发现这对小青年的父母都是沿街乞讨的流浪人，家乡无从查证。

后来吴县令向一些和两个小青年一起四处乞讨的叫花子盘问。叫花子都说："他们到这里也不过是几天的事情，父母'走'了，谁能知道他们的底细？只听他们总是称兄道妹的。"吴县令明白，"称兄道妹"也是不能用来断案的，因为，小户人家的童养媳和自己男人之间一般也是如此称谓。[808]

这里，我们需要注意，在这个小案中重要的是证据问题。在西方法律中证据问题就是"谁主张谁举证"了。男的如果想说女的是老婆，就要拿出证据来。同样，女的如果想说男的是兄长，也要拿出证据。如果没有证据，审判官就会驳回起诉或者不予理睬。这里有个枝节问题。这便是童养媳是国人的一个旧风俗，在西方人那里属于怪事一桩（即便在今天的国人这里也是如此）。既然是童养媳，也就没有今天的所谓"结婚证书"一类的东西了。所以男青年不可能也无须拿出"结婚证书"来证明自己的丈夫资格，官府那里也是不会存档的。我们现在假定，西方人也接受了这种婚姻方式。

根据西方人的证据规定，吴县令的各项调查没有一个确定的说法，这样，对两个小青年的关系也就不能过问。

现在看看吴县令最后是如何了断的。吴县令觉得案子难办，便和一个老吏商量解决的办法。老吏说出一套言词，使吴县令的脑筋最终豁然开朗。老吏说："这事听来实在虚无缥缈，没有证据可以证明什

么，使用大刑也不合适，判‘离’判‘合’也是问题很多。但是，我们应该明白一点，判‘离’虽是可能错误地破坏了婚姻关系，可过失是小的，而判‘合’发生了错误，过失可就太大了，会引起道德上的乱伦。所以判‘离’是上策。”吴县令连连点头称是，接着判“离”。[809]

对国人来说，吴县令的判决应是不错的，西方人法律规矩的结果应是差一点。不论怎样，国人最怕乱伦一类事情了。当然，西方人的法律也不是最终无法解决这个难题。当判决驳回起诉后，如果那男子硬要和那女子做夫妻，女子可以告男子“强奸”，而男子这时就必须拿出证据，证明自己可以堂堂正正地“当丈夫”，否则只能受到法律惩罚。这个结果依然是“离”。但是，比起吴县令的“离”，它就显得有些绕弯子了。

国人的审案规矩，从汉代开始，就是喜欢时常强调纲常礼教。大凡遇到蹊跷的案子，官府总是不自觉地往那个方向上思考，希望以此获得灵丹妙药。这样一个规矩大体上如何有时是难说的。但在吴县令遇到的小案里显得要比西方人的规矩略高一筹，又是可以肯定的。“国情”一说的法律理论，自然乐意抓住这类事例大做文章。有鉴于此，笔者就把这小案拿出来，送给它们当个理由。

103　保护“恶人”?

前一小节，说的是同样一个小案子，就判决结果来说似乎西方人的法律规矩不如国人的传统审判规矩来得有效和方便。现在，我们再看个小例子。这个例子好像说明，不仅有时国人的传统法律规矩略胜一筹，而且，西方人的规矩有时是在保护“恶人”了。这在“国情”一说的理论手里，又可能是个有用的例子。

这个例子我们取自费孝通先生的《乡土中国》。费先生说，他在乡下待过一段时间。那时，他和当地的一个兼任司法官的县长时常聊些有关诉讼官司的琐碎之事。有一次县长讲，县里发生了这样一个案子：一个男子憨厚，遇到了老婆与人通奸的事情。那个男子愤恨地打了奸夫，这样殴伤事件发生了，随后便是被殴者到县长那里把男子告了，说他犯有殴伤罪。这殴打奸夫在乡下人看来肯定理直气壮，即使是在城市人那里时时也会获得认可，岂有恶人先告状之理？可恶人就是这么做了。[810]

读者需要注意，这里涉及两个法律问题。其一是“和奸”问题。民国时人们少说“通奸”一词，常说“和奸”。有意思的是当年“和奸”在国家法律上不叫罪（这可能是学习西方人的一个结果）。这样，发生了这类事情人们只好背后戳“和奸者”脊梁骨。此外，这案子如果在“和奸”问题上证据确凿，那么，丈夫的打人行为也可以说是“有根有据”了，至少不是“无事生殴”。但是，除了老婆低头认罪之外，另一方男子硬是断然否认。如此，证据就是不全了。

其二是“殴伤”问题。民国时“殴伤”是个罪名，殴伤结果太轻了丈夫自然不算有罪，可是丈夫出手厉害，其结果之严重也就可想而知了。所以，必须讨论算不算殴伤罪。

现在的事态就成了丈夫要吃官司，而野男人却是理直气壮。好像黑的变成白的。县长觉得特别别扭，问费先生怎样处理才好。费先生似乎是没有给出一个直接的回答，而是在《乡土中国》中继续说了别的东西：县长“他更明白，如果是善良乡下人，自己知道做了坏事决不会到衙门里来的。这些凭借一点法律知识的败类，却会在乡间为非作恶起来，法律还要去保护他。我也承认这是很可能发生的事实”[811]。接下去，费先生还说了：“现行的司法制度（指民国司法制度）在乡间

发生了很特殊的副作用，它破坏了原有的礼治秩序，但并不能有效地建立起法治秩序。”[812]

大体来说，民国时有关这方面的法律规定是来自西方的。所以，这个例子也是说明西方人的规矩有时是在保护“恶人”。既然保护“恶人”，似乎我们也就没有理由再将其留下。“国情”理论是会这样思考问题的。

不过，这里另有一个问题需要议论一下。这小节的例子和前一小节的案子，涉及了一些在今人看来属于程序证据的问题。程序证据问题是说，在断案时，要依据确凿证据方能作出决断，不可根据主观臆想猜测一二。西方的法律规矩最认这一点。

但是西方人又会这样琢磨事情：第一，单凭证据会出现冤情，然而不凭证据可能更会出现冤情，用严刑拷打或者察言观色，也许更是无法抓住事实真相；第二，证据规矩有个指向未来秩序安排的导向作用，这是讲，丈夫这次吃亏了，可他日后便会明白在“报仇”的时候，应该拿到确凿的证据以后再出手，这样就“有规有矩有理由”了（当然西方人不一定认可这样私下报仇）。后一点对某些问题可能是更为明显的。比如，把钱借给别人，第一次没有收借据因而官司输掉了，是有些冤枉，但在第二次、第三次借出钱的时候，出借人就会非常小心地立借据作为证据，这样，借钱人便不会强说自己没借了，而借钱的秩序随之也会逐渐变得稳定起来。西方人尤为关心的是后一点。

如果真是这样，那么，似乎不能认为西方人的程序证据是在帮助“恶人”了。既然不一定是在帮助“恶人”，它的作用在国人这里，也就不一定是副作用了。

104　国家法律的“权利”·秋菊的困惑

根据一般理解，西方人的法律规矩有个特点，即讲究“权利”。“权利”一词的用法和意思非常复杂，一句两句不易说清。大体来讲，我们知道它是关于“能够做什么”和“可以做什么”的观念。它和“应该做什么”和“必须做什么”是相对的。我们可能会发觉，在过去，国人总是知道自己“应该或者必须做什么”，而西方人倒是总是知道自己“能够或者可以做什么”。只是到了现在，国人才开始转变了，不仅知道“能够或者可以”，而且几乎忘掉了“应该或者必须”。

“权利”的法律观念大致是个舶来品。与之相关的法律规矩因而也大致有了西方人的味道。笔者提到“权利”，是想再说个具体的故事。这故事与前两小节的事例不大一样。它表明尽管你将国家法律的“权利”这礼品送上门来，这礼品对国人来说依然可能太重了，叫人收受不起。

这故事来自一部小说——《万家诉讼》。小说经国内电影人的诠释，也就变成了出名的电影《秋菊打官司》。秋菊是西北农村的一名妇女。一次因为小事情，秋菊的男人和村长吵了起来。秋菊男人一时情急骂起了“村长断子绝孙”，而村长正是只有四个丫头没有小子，于是，村长也是一时情急，照秋菊男人下身要害踢去。结果伤人事件出现了。秋菊说无论怎样村长都不能踢人要害。这样，秋菊一定要个“说法”。一段时间过去了，秋菊从乡里一直告到市里，总是没有讨得一个“说法”。讲来也巧，秋菊在告状的时候一直怀着孩子，话说到了分娩之际，秋菊就是生不下来。最后还是村长找人帮忙将秋菊送往医院，秋菊才将孩子安全产下。孩子满月了，秋菊摆酒，为了表示感谢便把村长请来，可就在这时政府公安那边也来人了，把村长带走，称要行政拘留十五天，因为查来查去认定村长踢人的结果是轻伤害，《治安管理条例》明确规定“行政拘留15天”。

秋菊困惑了，她嘟囔着："俺就是要个'说法'，咋把人带走了呢？"

本来，在秋菊这边，政府公安来人是为了张扬她和她男人的权利，带走村长要比仅仅给个"说法"来得更为令人满意。可是，为什么秋菊自己困惑了？为什么她只想要个"说法"，而不想政府公安把村长带走关起来？国家法律送来的"权利"保护，为什么在秋菊那里好像显得变样了？

我们可以这样想问题，在农村，秋菊和村长甚至其他村民平时总会有矛盾，可是，大家又是"熟人"，或说"同住一块地、同饮一方水"。有时，一方有难了就会需要另一方，另一方也是乐意出手相助的。即便有了矛盾，过段时间也会自然解决的。他们就是这样相互摩擦而又相互协作。日子久了大家似乎像夫妻一样又打又闹，可又是难舍难分。这就间接说明了为什么村长在关键时刻依然可以站出来帮助秋菊渡过难产时刻，而秋菊始终都是要"讨个说法"，并无要让村长"进局"的想法。[813] 现在，村长给带走了，如此就像有学者所说的：

似乎法律得到了执行，似乎公民权利得到了保障，似乎正义战胜了谬误，但秋菊和村长最终还得在这个村庄生活……他们还必须相互依赖，可是进过"局子"的村长和村长一家还能与秋菊一家保持那种关系吗？秋菊还能同村长保持那种尽管有摩擦、争执甚至打斗但仍能相互帮助的关系吗……至少在一段时间内，可能他们的关系将是一种虽无争执但极为冷淡的关系。一个"伊甸园"失去了，能否回来，则难以预料。[814]

另一方面：

尽管秋菊从来没有试图将村长送进"局子"，但事实是村长因为秋菊的所作所为而进了"局子"，在村民看来，在秋菊的家人看来，

秋菊“过分”了，她“不近人情”。既然她的行为违背了……集体良知，她就会在无形中受到某种非正式的社会制裁：在一定期间内，她将在一定意义上被“流放”（人们会不愿同她交往，她同其丈夫的关系也可能因之紧张）。[815]

到了这一层，我们可以感觉到，秋菊想要的“权利”和国家法律转送的西方人“权利”似乎是南辕北辙的。这就好像人吃饭，原本吃七八成已是恰到好处，非要压进十成乃至十二成的时候就是不堪忍受了。秋菊的生活圈子决定了她所享受的权利也就只有七八成，可西方人的权利从来都是“十成以上”的。这样，秋菊自然有些享受不起。《庄子》说，猴子没有一个是穿衣服的，更别说漂亮的服饰了，非要用周公的衣服给猴子套上，它只有撕烂，再光上屁股，“观古今之异，犹猿狙之异乎周公也”，“故礼仪法度者，因时而变者也”。[816]《淮南子》说，“故是非有处，得其处则无非，失其处则无是……此之是，非彼之是也；此之非，非彼之非也”[817]。这些话也是老早讲到了那个意思。

秋菊的故事又涉及“打官司权利”的问题。秋菊有股韧劲，在乡里告不成便到县里，在县里告不成便到市里。这股韧劲，虽说是性格使然，可也与“诉讼权利”话语的操纵存在一些联系。秋菊走到哪里，都有一些“好心官人或城市律师”在旁鼓励：“法律赋予你了这样的权利。”秋菊个性的背后有了这类权利话语意识形态的支持，打官司当然也就成了“不达目的誓不罢休”的“争斗”活动。这样争斗的结果又会怎样？故事说，秋菊的男人、家人和一些村民都在说：“秋菊咋这么倔？！”“咋这么没完没了？！”如此看来，家人和乡民是不大喜欢这类“争斗”的。不喜欢的原因还是刚才说过的“日子总是低头不见抬头见”。不喜欢的结果自然就是秋菊和大伙的距离越来越远了。这样一个结果对于原本关系不错的乡民社区，恐怕不是特别合适的。

20世纪30年代，民国学者梁漱溟说，西方人打官司是个家常便饭。大凡有点纠纷，本来可以你我各让一步迁就，但是西方人非要追究你对我错。他们“丝毫迁就不得，非说得清清楚楚不可，一说得不对胃，便到法庭讲话，说话之间就去了，说话之间也就完了，他们把打官司实在是看得太平常，把打官司走成熟道了……虽然朋友法庭相见，也不致伤了感情”[818]。大多数国人可就不是这样了。国人觉得，那是天大的事情。官司一旦上路了，“则彼此便同仇敌一样，有的好几辈子都和解不开”[819]。

梁漱溟先生想来想去，发觉这个结论似乎不能回避：在中国，“乡村的事却断不能用法律解决的办法，必须准情夺理，以情义为主，方能和众息事；若强用法律解决，则不但不能够调解纠纷，反更让纠纷易起”[820]。因为，中国的事情，“本来一乡一村即等于一家，一家之中彼此应当有情有义，乡党邻里之间也是一样，不能用强硬的法律解决的办法；一用法律则有伤情义。中国人尤其是乡下人情义特别重，对这种有伤情义的办法如何受得了？”[821]所以：

总是让大家在情义上对付着商量着办事，彼此迁就，互相让步。有时你迁就他，有时他还要迁就你，总要养成一种合作商量的风气，养成一种彼此相让的礼俗。这样一来像是太无凭准，但若一从外面求个凭准，便落在法律上，落在法律上便死板，死板便不讲情义，便不是礼俗生活了。而在中国乡村中，大概是要走情义的路，走礼俗的路才行。[822]

可以想象，若是梁先生读到了秋菊的故事，多半会站在秋菊家人和村民一边，说声：“秋菊咋这么倔？！”“咋这么没完没了？！”

秋菊打官司讨“说法”是个有趣的象征故事。它从“权利”问题的角度隐喻了西方法律文化在国人这里如何有些“水土不服”。从近代开

始，这类故事应是不绝于耳的。所以，“国情”一说的法律理论自然喜欢它们的指示意义。

从“权利”问题展开下去，我们可以深入一个有关的抽象问题：利益需要的文化性。“权利”讲的是“能够或者可以做什么”。“能够或者可以做什么”之类的说法，暗含了“想要做什么”的意思。“想要”自然也就正是“利益需要”。在前面第093小节，我们提到激进的法律改革话语特别喜欢强调利益问题，那些话语觉得，看清人性需求什么，法律改革也就可以畅通无阻。在“顺势而为”一说这里，我们又发现了“利益需要”的意思。至少，在秋菊例子里人们可以看到一种“利益需要”的提法：“要个说法。”

那么，两种“利益需要”有何区别?

应该这样说，在前一种“利益需要”理解里，“想要做什么”被视为一个普遍性的东西。如果秋菊要打官司，这便是一种“申冤”的要求，而“申冤”的要求在哪里都是一样的。如此，法律怎样处理都是可以的，只要“申冤”了即可。但是，在后一种“利益需要”理解里，“想要做什么”被视为一个具体性或者“地方性”的东西。秋菊是要“申冤”，但是“申什么”或者“怎样申法”则可能大为不同。这个秋菊想要“一个说法”，另一个“秋菊”可能想要政府公安用铐子将村长铐到县大狱去，第三个“秋菊”也许希望“以脚还脚”，要自己男人回踢村长的下身，像远古时代那样来个同态复仇，而第四个“秋菊”，倒是也许希望村长拿笔巨款作为赔偿……

显然，在后一种理解里，“利益需要”的地方性是个重要问题。那种理解相信，忽略了“申什么”和“怎样申法”，“申冤”的需要完全可能没有得到满足。把话说到这里，我们可以发现，前一种理解喜欢统一性，而后一种理解则喜欢个别性。不过，在实际的法律活动中我们又可以发觉，尽管统一一致的“申冤”可能出现一个“没有申冤”的结果，

但是，满足各个“地方性”的“申冤”也是困难的，甚至是不可能的。因为，那就等于是在要求“彻底的具体问题具体解决”，这种“彻底”，势必造成法律规则无处栖身了。毕竟，法律规则所以成为规则正是由于具有一定的普遍性，具有特定区域的“统一申冤”的要求性。

这个问题有意思而又复杂，可以深入下去。

105　乡土熟人社会·“情”

“顺势而为”的观念看重“国情”，讲究“国情”又在于强调国人的乡村特性。从秋菊的故事，人们似乎可以看见带有西方元素的国家法律好像真是损害了国人“社区中原来存在的尽管有纠纷但仍能互助的社会关系，损害了社区中曾长期有效、且在可预见的未来村民们仍将依赖的、看不见的社会关系网络”[823]。那么，国人的乡村特性到底是如何的？

在前面，我们提过“乡土熟人社会”这样一个概念。[824]刚提到的秋菊故事和前两小节的事例与案子，都和“情”字有个联系，而“情”字又和“乡土熟人社会”有着重要联系。所以，需要将“乡土熟人社会”这个概念再次分析一下。

先讲“熟人”。“熟人”的意思我们本身就是熟悉的。“熟悉是从时间里、多方面、经常的接触中所发生的亲密的感觉。这感觉是无数次的小摩擦里陶炼出来的结果。”[825]两人在一起，日子久了就会熟悉的。几个人甚至许多人待在一起也是如此。但是，两人或者大家待在一起总是有原因的，有时可能是“感情”，有时是“想共同做点事”，有时是“彼此需要”……像夫妻情人属于“熟人”，就是因为“感情”；生意合伙人属于“熟人”，则是因为“想共同赚些钱”；老师和学生成为“熟

人”，倒是因为“老师需要有人来学习”“学生需要老师来教书”。当然夫妻情人在一起也有一个“彼此需要”的原因……

“乡土熟人”的原因十分特别。除了上面说的那些原因之外，它另和“土地”关系颇为密切。大家起早贪黑，耕种插秧，都是在一块土地上转来转去。尤为重要的是，其他任何东西都是可能移动的，而唯独土地是不可移动的。对法学稍有留心的人一定知道法学有个词：不动产。法学常说，“不动产”包括了“房产”“树木”“土地”……所以叫作“不动产”是因为那些东西移动了搬走了可能就会变得没有什么用处。其实，在那些所谓的“不动产”里，只有“土地”对人来说才是绝对不可移动的，其他东西比如“房子”“树木”等，移动（将房子拆了用原来的材料另建）或者“移植”一下是可能的，而“土地”是不可能挖出来移动到另外的地方的。

“土地”的这个特性，决定了“种地的却搬不动地，长在土里的庄稼行动不得，侍候庄稼的老农也因之像是半身插入了土里……”[826] 而且，“乡土社会的生活是富于地方性的。地方性是指他们活动范围有地域上的限制，在区域间接触少，生活隔离，各自保持孤立的社会圈子”，于是，“乡土社会在地方性的限制下成了生于斯死于斯的社会。常态的生活终老是乡”。[827] 而与“土地”没有什么关系的“夫妻”“生意合伙人”“师生”等熟人关系，自然可以因一走而结束，在其他地方继续生根、开花、结果。

“土地”的特性还容易产生一个“世代”的问题。由于终老是乡，一家一户人自然容易在一个地方世代相传。爷辈去世了，父辈继续种地，父辈去世了，子辈继续种地，子辈去世了，孙辈照样继续下去。这类世代相传加上婚姻之类的“添油加醋”，乡土家族也就慢慢在固定的地方壮大起来，这家族也类似地具有了“世代”的特性。即使是在今日的农村，人们也可觉察一个村里或乡里许多人都是同姓的，这和土

地性的世代家族兴许有着密切联系。越是相同姓氏人多的地方情形恐怕越是如此。

在这样一个社区之内形成的熟人关系，自然要比其他熟人关系更加亲密无间，如同亲人一般。换句话说，“只有直接有赖于泥土的生活才会像植物一般的在一个地方生下根，这些生了根在一个小地方的人，才能在悠长的时间中，从容地去摸熟每个人的生活，像母亲对她的儿女一般”[828]。不奇怪，我们常有这样的经验，小时候产生的“哥们姐们”关系最是单纯情深，可能是一辈子都是难以忘怀的。在乡土熟人的社区内，人们往往都是“生于斯死于斯”，他们的许多关系从而也就如同从“两小无猜”起步那样变得通常只有一个“情”字。

这样，对大多数国人来说：

……亲密的共同生活中各人互相依赖的地方是多方面和长期的，因之在授受之间无法一笔一笔的清算往回。亲密社群的团结性就依赖于各分子间都相互的拖欠着未了的人情。在我们社会里看得最清楚，朋友之间抢着回账，意思是要对方欠自己一笔人情，像是投一笔资。欠了别人的人情就得找一个机会加重一些去回个礼，加重一些就在使对方反欠了自己一笔人情。来来往往，维持着人和人之间的互助合作。亲密社会中既无法不互欠人情，也最怕‘算账’。‘算账’‘清算’等于绝交之谓，因为如果相互不欠人情，也就无需往来了。[829]

中国法律思想的一些理论，正是这样设想国人“国情”的。

106　“可行性”·“钱会”里的中国国情

“顺势而为”或者“国情”一说，特别喜欢强调中国的特殊地方性，而特殊地方性又在于中国的根基——乡土熟人社会。至少，大多数国人是“泥土满身”的农民弟兄，这是不能忘掉的。既然国情人情是这样

的，对于添加了西方元素的国家法律，就要打起十二分的精神仔细琢磨琢磨是否有个“水土不服”的问题。古人说过的这句话似乎没有过时，国家法律正像法家以为的：“不别亲疏，不殊贵贱，一断于法，则亲亲尊尊之恩绝矣。可以行一时之计，而不可长用也，故曰‘严而少恩’。”[830]

不过我们需要留心，“国情”理论有时是在讲“可行性”，而不太在意“应该不应该”的问题。这是说虽然那些理论时常以为法律规矩有个“地方性”的问题，没有什么高低之分，但是它们偶尔也觉得法律应该现代化，西方人的东西还是不错的，只是在国人这里不太合适，国人的“国情”使西方人的东西不太可行。要把西方人的法治搬来，先要有个文化变革才是。所以，有的学者讲：“法治秩序的建立不能单靠制定若干法律条文和设立若干法庭，重要的还是看人民怎样去应用这些设备。更进一步，在社会结构和思想观念上还得先有一番改革。如果在这些方面不加以改革，单把法律和法庭推行下乡，结果法治秩序的好处未得，而破坏礼治秩序的弊病已先发生了。”[831]

当然，在“国情”理论那里，不论讲“可行”问题还是讲“应不应该”问题，推论的起点都是国人的乡土人情。如果这个起点有点问题，则整个“顺势而为”的话语系统也会存有问题。

我们看个民国时期的实际例子。

这个例子是讲，云南乡下时常有种叫作钱会的组织。这类组织有点信用互助的意思。大家在固定的时间，拿出部分钱来放在里面，当需要的时候又可以从里面得到钱款的资助，好像是“人人为大家，大家为一人”。钱会有点像今天的储蓄、集资、借贷和社会保险，也有点像现在的公积金。只是钱会多由个人和小组织发起。本来，在亲朋好友之间凑起钱会来最为容易，可云南这个地方，钱会的会头有时总想避开一个“亲”字。这是说会头觉得拉起一般朋友入会要比拉起同族亲戚

入会来得方便有效一些。因为，在同族亲戚那一边，他们总是以为既然沾亲带故，这钱的事情也就不是一个问题了。需要钱的时候张个嘴、开个口，也就可以钱进钱出了，再入什么钱会似乎多此一举。而在会头这一边他自己觉得，拉了亲戚入会，如果亲戚没个自觉性去按时交钱，碍着情面又不好去催促，这般下来也就和不入会没有什么两样了，而且，长此以往，会将钱会搅得面目全非、利益全无，自己也会损失得一塌糊涂。所以，有的会头就提到了："钱上往来最好不要牵涉亲戚。"[832]

就这里的主题来说，钱会的内里机关我们大可不必深究，倒是应该注意，虽说乡下人特别讲情义，可在钱一类的头等切身利益上他们有时肯定是犹豫的。换句话说，当一头是"钱财"另一头是"情义"的时候，我们似乎不能肯定乡下人一定是坚持着"情义"，丢掉"钱财"。上面那个小例子便是点出了这个要害。在前面第032小节，我们也说过，在"钱财利益"问题上再好的"熟人"也是可能变为"陌生人"的。如果一个朋友总是借钱不还，另一朋友和他的"熟人关系"慢慢就会松弛，最后终有一日"形同路人"。因为，说千道万，人还是担心钱财不断减少的。乡下人好像也不能被完全排除在外。

假如这个要害的确如此，那么"国情"一说的推论起点也就不是没有问题了。

其实，怎样看待农民弟兄和乡土社会，即便在细心研究村落社区的社会人类学那里也是争论得非常激烈。有如学者介绍的：

一种看法认为，传统的农民社会是一种合作性的组织，其核心是社区的共同道德和制度。与这一看法相反，另一派学者主张，农民社会表现出对个人利益极度的关切，因而，农民并非十分注重社区共同的道德价值和制度，而是相当关心个人的得失，对利益问题有理性的判断。[833]

由此，我们也就不能排除另外一个思路：学习或者搬入西方人的法律文化。大体讲去，西方人的法律文化有个“小人文化”的假定。这是说西方人一般以为，人都像小人一样自私自利或者关心自己的得失，所以国家法律思考的出发点之一正是如何应付“小人文化”。钱会的小例子，表明国人这里也有“小人文化”的影子，即便在富有乡土气息的农村那里也是这样。看来世界还是有个“人的普遍性”的问题。由此，也就难说西方人法律迁入本土“必定水土不服”。

107　美法村的村政变迁·乡民的心态

前一小节讲了一个钱会的例子。那例子从侧面表明，乡土社会中的村民并非时时都在讲究一个“情”字。有时，他们可能更为关心钱财利益。现在我们看个国人村落制度变迁的例子。这个例子从另一角度也即“历史”角度，表明乡土社会中的村民对外来的制度有时会有“既来之则安之”的心态，他们并不绝对死守自家的老黄历。这又表明，“国情”一说的推论出发点在其他方面也是有问题的。

美法村是福建安溪县山区的一个小村落。在明清时期，村子比较封闭，村里人大多不知或者不想探知“山外有山”“天外有天”，仿佛晴空像只大碗一样罩在村民头上。村政盛行的是家族制度。这制度里有两类人物特别管用。一类是德高望重的长者，一类是能说会道的“乡贤”。当然，“乡贤”尤其是年轻有为的“乡贤”首先要得到家族长辈的赏识，才能有权力。两类人颇像今天的村长。他们掌管着村里日常事务。就村规来说，那时京城的皇帝已经颁布了“法令条文”，可是村里的真规矩则依然是“乡约”。“乡约”的内容大抵是族规、婚丧礼仪之类的东西，不过，那“乡约”偶尔抄袭一下皇朝“法令条文”，管管村落争端、村民纠纷、入屋偷窃之类的糟心事。

明清那时的皇室可能有点“清静无为”的想法，加上美法村真是“天高皇帝远”，所以村政制度到底落得一个自在自为。村民的日子，也是乐乐融融。

但是转眼间就到了民国时期。民国政府有些好大喜功，纵是面对天涯海角的乡村，它也有决心要当个地方管家。于是，美法村的里乡制度就被保甲制度全部替换了。保甲制度的发明原本是在宋代，明清时期官府也用过这制度，只是它到了1934年才在美法村“安家落户”。这制度以十户为甲，十甲为保，十保以上便为镇。保甲制度有一关键要害，这便是它设立保长、甲长，然而保甲长通常不是由村民拥戴的家族长者或者“乡贤”来担任，而是由县镇官府看中的另外的有钱有势的人来担任。这样的保甲长自然喜欢看着县镇衙门的脸色行事。就乡民规矩来说，“乡约”还有余热，国家法律同时也是十分重要的。像在1939年，民国政府颁布了《娼妓、婢女、缠足、穿耳、通神赛会、赌博等等之取缔办法及实施概况》，接着县镇衙门立刻派出警察，四处执法，横扫旧俗。这旧俗还真是日渐减少了。

民国政府具有“全面推行现代化”的雄心，所以格外看重行政力量的穿透作用。这使美法村的村政制度也变得并不那么自在自为了。不过，村民也没觉得日子过得有什么不如意。

1949年，新中国成立了。没几年过后村政制度大为改观，或叫“天翻地覆”，出现了国人今日依然熟悉的人民公社。这公社属于乡镇一级，下设生产大队和小队，其头目的产生自然是自上而下的。这样一种村政更为彻底地打破了传统社区、家族结构。那时的美法村被归入了“大队”一级。由于有的村民出外当了工人，有的则被编入了不同的生产小队，一种新的社区人际关系便产生了。村民心中更加不是惦念“家族长者”或者“乡贤”一类的人物，倒是惦念“队长”一类的政府符号。至于规矩方面，“乡约”已是基本无影无踪。

那时的村民有些异样，“自觉”跟着政府参加了不少运动。在那些我们今日看来不可思议的大炼钢铁、大搞“文化革命”等运动之中，似乎没有一次少了村民的身影和斗志。可是无论怎样，村民觉得那种生活也是一种过活方式。在国家政府强而有力的意识形态影响下，村民记熟了“河深海深不如阶级友爱深”，几乎忘掉了“亲亲也，尊尊也，长长也”[834]。

1979年以后，一种新的经济制度进入了美法村，这便是“家庭生产责任制”。这种制度的推行我们现在叫作农村改革。不过，在20世纪50年代的土改运动里，“耕者有其田”的说法已经包含了这制度的基本意思。现在的农村田地名义上属于公有，实际上大体由农户自耕自种自保管。这在美法村也是如此。于是村民除了交些固定数字的“基金费”（如教育基金、人口基金、国防基金、残疾人基金等等）之类的费用以外，“多劳多得”便是板上钉钉的事情。村民的“利益欲望”由此也就被彻底勾了起来。与此相应的村政制度大体成了党支委和村民委员会的天下。党支委是上面选中委派的，村民委员会则是选举产生的。从大面上看，“两委”的权力功能似乎缩减了一些，不像前一时期“生产大队”那样见事就管。党支委管管政治，村委会管管民政纠纷、文教、治安、财务之类的杂务。至于规矩依然似有跟着国家规矩运行的意思或倾向（当然目前政府开始允许村民自订“乡约”了）。

这时的村民发觉，最重要的事情就是思考挣钱的方法和门路。至少，国家是这样鼓励的。于是村里除了务农之外，出现了乡镇工业、建筑、交通运输、餐饮服务等在过去难以想象的生计活法。村民相信，这样生活照样是不错的，也有可能是更好的。[835]

美法村村政变迁及村民反应的个案，表明乡民有时不是就认一个道理。从明清开始，外来的村政制度不断降临那个村落，改变那个村落的秩序格局。可是村民的心态大致来说是坦然的，他们并没念念不

忘山沟里的往昔“小国寡民”。秩序规矩变了，日子照过，村民更多担心的是日常生计。至于“情”字在外来村政制度面前如何被扭曲了，似乎无关紧要，只要能够生活下去，需要讨论的问题就是“怎样活法”。

这些说明国人的“国情”至少是比较复杂的，乡土村民的特性至少不是一个“情”字可以说清的。“国情”一说的出发点，从“历史”变化的角度看去，也是有问题的。如此来讲我们又可进而得出“西方人法律进入本土并不一定水土不服”的结论。

108　反抗法律的现代性

钱会的例子，是个“空间向度”的例子。美法村村政变迁及村民心态反应的例子，是个“时间向度”的例子。两个例子对“顺势而为”的法律变革观念来说都是不妙的。不过，我们应该明白，对于任何一个“宏大”法律思想而言遭遇相反例证显然不足为奇。在前面，我们也看到了，在激进的法律变革话语那里相反例证同样俯拾即是。其实，一个人为建构起来的法学“宏大”理论不能遇到相反的实际例证，这本身就是令人费解的。法律思想大致是个“法律文化”姿态的表达，表达了人们对现世法律文化要求的愿望和立场，里面似乎没有一个表现“绝对客观真理”的问题，于是，在大千世界里遇到不舒服的反证便是一件再正常不过的事情了。

从这个思路出发，我们有必要看看“国情”一说的一个姿态——反抗法律的现代性。

在这里“现代性”有两个大意：第一个是讲西方人的法律文化发展模式。许多年来，外人看西方人的法律发展，眼花缭乱之余便是交口称赞，大有一种“世界法律现代化的发展只有西方一种模式”的感觉。前面讲过的近现代激进的法律变革观念就属于这种感觉。“国情”一说

所要反对的正是这个“现代性”。换句话说，“国情”一说觉得，法律变革有如大家都想过个好日子，只是想过好日子并非只此“一条道路”才能成功，也许第二条、第三条道路，也是可以的。尤为重要的是非走一条道路的结果兴许会使法律文化发展畸形、水土不服，好日子没有过上，反而过上了苦日子。因为，国情环境是个深不可测的大问题。此外，“国情”一说发现，不同地方的人情、需求、秩序都是有个“地方性”的，没有理由认为西方人的东西一定就是一个“标准样板”，就是“唯一正确”的。由此，看事物不可“一叶障目、不见森林”。接下去的结论就是法律发展可以是有多条道路的，法律赖以发展的资源也可以是多样的。

这些“反抗现代性”的意思，在前面已经说得非常透彻了。这里需要稍加一句：其姿态立场显然抚慰了我们国人的民族自尊心。

“现代性”的第二个大意是讲，在现代国家里，尤其是在大国里，国家法律的发展有个专业化、职业化、复杂化的倾向。比如在西方人那里，“法治”的观念十分了得，于是这个观念刺激了“凡事立法、凡事依法”的雄心壮志。接着西方国家的法律日益膨胀，变得浩如烟海。膨胀后的国家法律自然需要满腹法律经纶的专业人士操持管理，法律的知识王国由此变得日益庞大、复杂、专业、“内部”。这个结果，非常要害。因为它会产生一些令人头痛的问题：平民百姓怎能知道法律是个什么样？进入法律圈子岂不像是进入迷津？如果平民百姓在法律面前糊里糊涂，那么他们岂不在权利上受制于一个“专家阶层”？当然，如果“专家阶层”驾驭的法律王国表达了平民百姓的心意，问题也就不是问题了。可是有时那个王国并不一定表达了平民心意。如果没有表达，进一步的问题更为严峻了：法律和民意距离远了，于是，法律和现代国家的各类民主的距离也就拉开了。其实，在法律文化的实践中，这样的困惑已经出现了。像现代民主宪政法律那样的东西，国学大师王国维就对其打过问号：

试问立宪共和之国，其政治果出于多数国民之公意乎，亦出于少数党人之意乎，民之不能自治，中外一也。所异者以党魁代君主，且多一贿赂奔走之弊而已。[836]

如此说来，“国情”一说尤其是强调“地方性”的那个说法，正是不自觉地意在解决严峻的法律可能偏离民意的“现代性”难题。强调国情，或说“顺势而为”，就是顺其自然，顺其自然也就是默认了百姓对现存法律的亲切熟知。大家都知并且都守一个规矩，表明大家对规矩是满意的，既然满意，法律和民意也就贴近了。等到大伙都变了，需要新的规矩，这时便顺势定下新的规矩，这依然是使法律贴近民众的意愿。如此，法律和民主大体来说始终是结合在一起的。现在我们国家正在推行的“乡村自治”“乡民定约”，骨子里恰是有些类似意思。

这个姿态立场可说是个自下而上的底层大众的立场。

小结

“顺势而为”的法律理论是种源远流长的法律观念。从古时开始，有人便对其情有独钟。到了近现代更是有人不遗余力地将其“发扬光大”。不过，在法律学说的语境中，人们时常用些“保守主义”“自我迷恋”等不太能入眼的标签贴在其上，当人们看到国家不能日日强盛发达的时候，抱怨之声，又是对其铺天盖地。许多人在想，明明是在各方面都比西方人差上一截，为什么非要抱残守缺？非要挖空心思“开拓本土法律资源”？

在前面，笔者花了不少笔墨来梳理这类观念的思路和缘由。我们看到了：第一，激进的法律变革有翻车的；第二，“移植”外来法律文化有夭折的；第三，法律知识和科学知识总是有个区别，在各个不同的“地方性”法律之间难说谁高谁低；第四，国情民情“惰性”极大，时

常让人难以轻装走上变革之路；第五，“顺势而为”的变革从成本角度来说十分划算，几乎等于是用一分的货币买到一角钱的货物；第六，“法律现代性”已是世界性的使人困惑的难题，尤其以西方人为路标的“法律现代性”，使人们已经发觉西化的法律路向问题多多。

这些思路和缘由，有人也许是不敢或者不愿恭维的。但是，我们也得承认，它们的确是宣泄释放了容易被人忽视甚至压抑的话语观念。明确地说，其最为紧要之处，正在于告诉人们：不仅要想到城市人会琢磨什么，而且要想到乡下人会琢磨什么；不仅要知道知识分子想要什么，而且要知道平民百姓想要什么；不仅要知道富人想要什么，更要知道穷人想要什么……毕竟，我们国家是由各类人组成的，大家之间需要相互理解、相互“对话”。更何况国人中的大多数正是乡下人、平民百姓、穷人。

第十一章　第三种态度?

在这章开头，我们先看一个有趣的例子。这个例子对激进的法律变革观念而言是不舒服的，对“顺势而为”的观念来说也是难受的。它也许更会刺激我们对法律文化变革的深入思考。这例子笔者取自梁漱溟先生的《乡村建设大意》，只是略作修饰。

例子说到，民国时期不少人在琢磨如何将妇女的“三寸金莲”变为舒展大脚。主张全盘西化的人士以为，一来西方人没有裹脚的，二来西方人讲究个人自由权利，三来还有其他……于是这些东西都要引入乡村以点燃“破旧立新”之火才对。但是，西化人士会遇到一个悖论：有些妇女是喜欢裹脚的，以为那是“美不胜收”，加上那脚长在她们自己的腿上，别人不能插手横管，那是她们自己的自由权利，如此强行扔掉裹脚布显然就破坏了她们的自由权利；如果为了保护妇女自由权利，就要尊重妇女意愿、顺其自然，这样，结果又是无法去学西方人拆掉裹脚布。

“保守”人士那时大体认为不应强行扔掉裹脚布，觉得拆与不拆是个自然而然的事情。同时，他们以为西方人的个人自由权利不应引入国人之间。因为国人传统总是喜欢相互协助的“义务氛围”。这样，“保守”人士也会遇到一个悖论：妇女裹脚时常是因为自己男人喜欢“小巧玲珑”，而且，为了“夫为妻纲”的宗旨，妇女本身便应继续看着自己男人的脸色再做理论，于是裹脚布成为不应扔掉的东西，接下去也就不存在妇女自己“拆与不拆顺其自然”的问题了；反过来，假如妇女“顺其自然”的结果变得“想拆了”，那么，她们便应可以不顾别人的脸色自作

主张，这样，自己男人“三寸金莲”的嗜好便会化为泡影，夫妻之间的义务氛围也会烟消云散。

当然，裹脚在今日已经不是一个现象了。但是，那例子隐喻的意思却是依然如故。它表明，在法律改革的两张对立面孔里都有一个内部的复杂机制。面对外来的法律文化，“变”有个“怎样变”的问题，“不变”也有一个“怎样不变”的问题。从这里我们便可以进入后面一个或许别有趣味的思考空间。

109　慎之又慎·渐变

有些人做事，喜欢区分一下小事和大事。小事不必在意，大事需要小心，这是他们心中的一个原则。

相对法律文化变革大计来说，拆掉裹脚布恐怕属于小事一桩。裹脚布有些男人喜欢，但是把它立刻拆掉并且“拆掉”的要求持续一段时日，那些男人也会接受的，甚至觉得舒展大脚更是妙不可言。这是完全可能的事情。毕竟它和我们的根本性制度秩序隔着一段距离。但是，引入西方人的自由权利观念，或者死守国人的相互义务氛围，倒是属于牵一发而动全身的“壮举”。所以对后两样人们便容易想到“慎之又慎”。自由权利和相互义务是制度秩序的大问题，即使想变也要慢慢来。这样做也许就可以避免刚说的两类悖论了。

这，正是中国法律思想另外一些理论的出发点。

《荀子》说：

无国而不有治法，无国而不有乱法……无国而不有美俗，无国而不有恶俗。两者并行而国在，上偏而国安，在下偏而国危；上一而

王，下一而亡。故其治法，其佐贤，其民愿，其俗美，而四者齐，夫是之谓上一。[837]

《荀子》的想法有时颇为古怪。在这里，它非说不好的法律不好的习俗待在国家里也没有什么大碍，只要不是全部糟糕，国家依然可以过得下去。这似乎有点我们今人熟悉的“辩证”意思：矛盾无处不在，好坏是一对矛盾，没好也就没坏，没坏也就没好，好坏可以相互转化，“相辅相成、相得益彰”。

其实，我们应该注意《荀子》特别有点“全方位”“四平八稳”看问题的思维方式。它说过：“知心术之患，见蔽塞之祸，故无欲、无恶，无始、无终，无近、无远，无博、无浅，无古、无今，兼陈万物而中县衡焉。”[838]

如此，我们也就可以大致理解，为什么《荀子》对好与不好的法律的态度都是坦然的。

对于法律变革来说，这种态度，“全方位”或者“四平八稳”的思维方式意味着什么？显然，它们意味着慢慢来，意味着看全看准之后再动手。不是不变而是渐变。毕竟好与不好掺在一起不是彻头彻尾的坏事。这类态度在中国法律思想的一些理论中还是可以看出来的。清朝末年的法律专家沈家本就说，“法久弊生，不能不变，变而不善，其弊益滋”[839]。

无论怎样，法律小到可以分家析产，大到可以人命关天，所以，不能不“慎之又慎”。

110　税的减法·小房与大楼

前一小节说了法律变革应“慎之又慎”。讲来，这四个字谁都会说，而且一般人做起事来大抵也是“三思而后行”。对于前一部分说过的“顺势而为”法律变革观念来说尤为如此。当然，“慎之又慎”在这里是“慢慢来”的意思，在“顺势而为”那里大体上是“不要来”的意思。

《孟子》记载过一段对话。对话一方是春秋战国时期宋国大臣戴盈之，另一方就是人们屡“说”不厌的孟子了。戴盈之有点“慢慢来”的劲头，而孟子则显得一反顺势而为的常态而要“只争朝夕”。我们看一下再议论。

戴盈之：征税太多不是好事，应该改掉。只是眼下立即开始仅征十分之一的地税，免掉关卡之税和集市之税，尚难做到。所以我们还是慢慢来，先逐步减轻税收，待明年这时再彻底执行新税制。如何？

孟子：我们换种方式来谈这个问题。现在，有个人天天都要去偷邻居家里的小鸡。另有别人告诉他：“别再偷鸡了，偷鸡这事太丢人。好人绝对不会做这等事的。”偷鸡者听后觉得在理，便拍拍胸脯说：“那我以后就少偷点，不再天天去偷鸡，而是每个月偷一只鸡，到了来年我再彻底绝掉偷鸡的念头。”戴大人，我似乎有些不明白您说的减轻税收之举和这人的逐步减少偷鸡有何区别？其实，大凡一件事情，只要知道它是不合道义的，就应立即予以禁止，为什么非要等到明年呢？[840]

这段对话的结局究竟如何就不得而知了。估计戴盈之是无言以对。大凡读过《孟子》一书的人都知道和孟子议论是非问题是没有什么好下场的。毕竟，孟子能说会道、擅长反讽解构。

不过，我们今人还是可以继续说说“偷鸡”和“征税”的问题。这“偷鸡”和“征税”是两件不同的事情，类比起来也许是不当的。在戴盈之和孟子对话的语境中，“偷鸡”是个无可争辩的坏事情，“征税”则是没有

交代清楚，不过想象一下的话它应该是复杂的。孟子在议论“偷鸡”之时，已经将其归入了在道德上不折不扣的坏行为行列。这“偷鸡”就是一个“贪”。如果偷鸡者偷鸡是为了其他道德上可以说说的理由，比如为了体弱的老母，或者产儿的妻子，而且自己实在太穷困了以致无法养活一个孩子，那么，问题就复杂了。但是孟子十分精明，硬是将其限定得极为狭窄，让人看去似乎偷鸡者自己已经是偷得不好意思了，所以答应“逐渐”痛改前非。这样一种“偷鸡”怎能和“征税”相比?

只要“征税”，总会有个政治理由以及道德理由。一个国家打算存活下去就要有“国家开支”。国家开支的来源无非就是征税了。当然，“开支”偶尔可以来自对邻国的巧取豪夺，可那毕竟是少有的，也是冒险的。征税的政治理由在于社会总要有分工，分工就会有“劳心者”（管理者）与“劳力者”（被管者）之分。“劳心者”自己一般没有时间亲手创造财富，这就需要“劳力者”提供税源了，提供税源的结果自然是“劳心者”更加可以安心地管理国家。这点，孟子自己也说过。[841]道德理由是讲，“劳力者”需要国家的保护，国家也有这个义务，可是国家的保护也不能是“不要钱的”，这就需要“劳力者”有义务提供国家保护的钱财来源。“劳力者”只想得到国家保护，不想交钱养活国家，这在道德上当然是自相矛盾的。

如此看去，“征税”要比“偷鸡”复杂多了。“征税”大体来说总和国家的种种需要有着关联。国家需要各类开支，有时甚至需要将钱财征收上来然后再像“家长”一样在贫富不均的“孩子”（国民）之间做个调剂（如现代国家的福利制度）。这样，怎样征法，征收多少，便和国家的当时需求有个对应关系。戴盈之说减税慢慢来，到了明年再彻底减掉，恐怕就有一个“国家情况复杂”的问题放在那里。也许当时的国家“劳心者”很多，也许更多的贫困“孩子”（国民）需要“家长”的调剂，也许当时的国力非常弱……过了一年之后，情况也许就会有些改观，到时再彻底减掉也就水到渠成了。所以，戴盈之说慢慢减税，并

不一定像偷鸡者那样明知不对，非要赖皮地从多偷到少偷，然后再从少偷到不偷。

在这里笔者自然无意深说“减税”和“少偷鸡”的问题，而是想借古人这段对话，来讲戴盈之所象征的国人法律思想中“慢慢来”的法律变革观念。

“慢慢来”的观念有个“结构主义”的意思。这是说，法律制度文化里的每个东西和其他东西都是相互联系的。一条法律规定的出现或存在，总是和其他法律规定相匹配的，至少应该是这样。用今人熟悉的语汇来说就是“措施配套”。像刚说的征税规矩就和国家官员的人数规矩、理财规矩、权力规矩等有相互支持的关系。

在前面第094小节，我们提过清朝末年的梁启超先生。那时的梁先生似乎异常激进，非说迅速变法、及时学习西方，方能“保国保种”[842]。不过，有趣的是，稍后的梁启超1903年巡游了一番美利坚合众国，发现问题好像并不那么简单。他提出了这样一个看法：“譬如建筑，先有无数之小房。其营造不同时，其结构不同式。最后乃于此小房之上，为一屋堂皇轮奂之大楼以翼蔽之”，而且，“盖小房非恃大楼而始存在，大楼实恃小房而始存立者也”。[843]在这些话的后面，梁先生又甩出了一句：恰恰小房和大楼之间的相互关系，才是“美国政治之特色，而亦共和政体所以能实行能持久之原因也”[844]。

梁先生的这番言语，讲的就是法律变革“结构主义”的意思。当然，后来的梁启超不大喜欢激进的变革了，甚至对“慢慢来”的观念都有点不以为然，所以，“小房大楼结构”的说法，在他那里，成了国人不应学西方人尤其是美国人的话语借口。

对于“慢慢来”的法律变革观念而言，明晓国家里面的“小房大楼关系”，正是要谨小慎微地找准一个变革切入点，找准一个适合施工者先

动手的小房子，一点一滴、循序渐进地将法律大楼来个改换门庭。比如，假设发觉美国人的官司制度在整体上是很有意思的，因而动了“拿来主义”的心思，那么，就不能将其整个官司制度一次全部端来，而应按部就班，先学一下“小额钱债法庭规矩”（即设立法庭专管小笔数额债务官司），过了一段时间再学“法庭对抗诉辩规矩”（即法官不主导庭审，而是“坐山观虎斗”），又过一段时间再学“律师提前介入规矩”（即有人被官府抓了就可立即聘请律师）……这些局部规矩就是小房子，整个官司制度就是大楼了。

反过来，如果不是“慢慢来”，而是将大楼整体一次搬移，大楼的遭遇便是可想而知的。不仅如此，小房的境遇也将是惨不忍睹的。我们可以这样设想，“对抗诉辩规矩”至少需要对立双方手握充足的证据材料，英语国家的西方人，尤其那个头戴假发并且能说会讲的律师，所以能够在法庭旁征博引，也恰是主要因为握足证据、胸有成竹。怎样才能握足证据？当然，这需要时间，需要律师在自己的当事人刚被官府抓住时就可以介入过问，立即展开地毯式的证据收集。但是，“能说会讲”和“提前介入”真要有个显著效果，自然要靠“法官制度”这一主要方面的有力配合。假设法官喜欢像中国古代官人那样盛气凌人，极好纠问，懒得听人诉说一二，那么将前面两个规矩齐齐搬入，就会造成早产畸形、毫无效果，也会叫原有的官司制度显得里外不是。这样看去，倒是不如悄悄先搬一个“能说会讲”，或者“提前介入”，慢慢动摇原来的官司制度“大楼”，叫它一点一滴地自我更替，使人们在原有官司文化的笼罩下循序渐进地自我反省、自我革命。

111　“烹煎小鱼”

前一小节讲了“慢慢来”在“结构主义”上的意思。现在我们看看它的“功效”上的意思。

典籍《老子》里有这样一句话："治大国若烹小鲜。"[845]《老子》的话语总是微言大义。所以，治理大国为什么要像烹煎小鱼那样偶尔移动，《老子》便没有进一步解说了。《韩非子》倒是有番解说。它讲："烹小鲜而数挠之，则贼其泽；治大国而数变法，则民苦之。是以有道之君贵静，不重变法。故曰'治大国者若烹小鲜'。"[846]

在前面，我们提过《韩非子》是个特别青睐激进变法的话语文本。不过，《韩非子》的作者韩非对玄而又玄同时力主无为而治的《老子》倍感兴趣，故而专写了两章《解老》和《喻老》的小文字，将《老子》按照韩非自己的理解里外梳理了一下。"烹煎小鱼"的解说就在《解老》的文字里面。

《韩非子》对这隐喻还有进一步的发挥。它讲，大凡干起了一个行道，再朝三暮四地改变行道，甚至百"变"不厌，就会一事无成。譬如当上了厨师，最好就踏实稳定地练好厨艺，不要明天想着瓦匠的瓦刀，后天想着花匠的裁剪，大后天想着木匠的斧锯……因为这样下去，不仅瓦刀、裁剪或斧锯无法使用得精熟，就是原来的使用菜刀和炒勺的技艺也会不伦不类。展开来说，如果这种"朝秦暮楚"的人士在国家里大行其道，国家的各类行当也就无从谈起了。这就是"功效"的意思。

放到国家法律身上，"凡法令更则利害易，利害易则民务变……故以理观之，事大众而数摇之，则少成功"[847]。

《老子》的观念极其超脱，特别忌讳人为地干预任何事物。它要比前面说过的"顺势而为"的法律变革观念还要好"清静"。别说法令朝令夕改，就是立下法令一劳永逸，《老子》一般都是觉得有些过分了。"法令滋彰，盗贼多有"[848]，是《老子》的恒言警句。可是《韩非子》喜欢"法治"，而且喜好大兴变法。另外只要出现了时势需要，

《韩非子》便会搬出“守株待兔”的寓言来嘲弄抗拒变法的守旧观念。[849]那么，《韩非子》为什么会借《老子》的“烹煎小鱼”做个发挥?

我们可以发觉，将《老子》和《韩非子》调和一下，便会得出一个“中庸”的变革观念。这就如同慢性子掺和了急性子，这人就会变得不紧不慢。兴许《韩非子》偶尔觉得大兴变法，并不一定会给江山社稷带来全面的福音佳讯，而且变法的后果也许包含负面的麻烦，所以，需要说说《老子》的“烹煎小鱼”，来为自己的激进观念做个缓冲调剂。当然，这只是一个表层的解释而已。

现在，我们试从国家法律的本身机制来理解一下《韩非子》的发挥。

人们常说，国家法律是普遍的规则。这说法有个显眼的意思，一望就可知道。这就是规则对所有人或者所有东西具有约束作用。但是，这个说法还有一个隐蔽的意思不易为人所记住。这又是：规则应该在一段时间之内不可变动。专家喜欢用“法律的稳定性”来表述后一个意思。其实，隐蔽的意思恰好是显眼意思的重要前提。没有隐蔽的意思，显眼的意思也就无从说起了。因为我们可以想象一下，如果国家法律今天规定“小贩子可以沿街叫卖”，时隔数月后又规定“凡沿街叫卖者格罚勿论”，再过数月，又规定“小贩子白天不可叫卖傍晚可以”，而又过数月再规定“任何小贩子在任何时候都是可以叫卖的”，那么，凡是可以冠以“小贩子”称呼的人士就都会不知所措。不仅如此，其他人士也会想到一个问题：国家法律既然可以在“叫卖”上时常变动，在其他事情上当然也会“变动不居”的，如此，怎样的行为才是可以的?接下来的问题便是谁也不知怎样安排自己将来的生活，因为都担心不知哪天就会撞上法网，国家也会因此混乱不堪，规则的“显眼意思”也就无影无踪了。

话说到这里，我们兴许就会觉得，《韩非子》所以借“烹煎小鱼”做个发挥，可能正在于担心法律变来变去自然会使法律本身毫无“功效”。如此看来，国家法律的变革，还是有个内在的“慢慢来”的因素暗藏其中。

当然，《韩非子》毕竟是个喜好激进变革的话语文本，笔者提到这些，是想说明中国法律思想中的一些理论所以青睐“慢慢来”的观念，也许恰恰是与这些思绪理路有着联系。从这些思绪理路，我们可能真是可以得出一个既不“激进”又不“顺势而为”的中庸之道。就像后来唐朝李世民说的：“法令不可数变，数变则烦，官长不能尽记。又前后差违，吏得以为奸。自今变法，皆宜详慎而行之。”[850]

112　空间上的一分为二·法律

其实，上一小节说的那些意思，《管子》早已略说一二：

号令已出又易之，礼义已行又止之，度量已制又迁之，刑法已错又移之。如是，则庆赏虽重，民不劝也；杀戮虽繁，民不畏也。故曰：上无固植，下有疑心，国无常经，民力不竭，数也。[851]

所以虽说国家法律应该“随时而变，因俗而动”[852]，然而，“慢慢来”的变法也是一个大道理。

“慢慢来”是个时间上的“慎之又慎”的说明。在时间上，“慎之又慎”显然不同于大刀阔斧的激进观念，也有些不同于“消极怠工”的顺势而为观念。当然，“慎之又慎”在空间上还有另外一个意思：有些东西永远变不得，有些东西倒是非变不可。这是讲在国家法律变革上要将事物“一分为二”，看看哪些能变，哪些不能，然后再来个取舍定夺。

沈家本说："当此法治时代，若但证之今而不考之古，但推崇西法而不探讨中法，则法学不全，又安能会而通之，以推行于世？"[853] 这言外之意，自然是在暗示，不能眼睛总是注意现在而不看看古人，也不能只拿西方的法律当真理，而不注意一下国人的精粹传统。古今中外都有各自的过人之处。只要是精妙的东西，保留移植都是可以的。所以"折衷各国大同之良规，兼采近世最新之学说，而仍不戾乎我国历世相沿之礼教民情"[854] 。

与沈家本同时，清朝皇室类似地认为，像刑法一类的国家法律，"本乎礼教。中外各国礼教不同，故刑法亦因之而异。中国素重纲常，故于干犯名义之条，立法特为严重。良以三纲五常，阐自唐、虞，圣帝明王兢兢保守，实为数千年相传之国粹，立国之大本"。不过，无论怎样，"今寰海大通，国际每多交涉，固不宜墨守故常，致失通变宜民之意"。所以，"只可采彼所长，益我所短。凡我旧律义关伦常诸条，不可率行变革"。[855]

说来，在清末那个中西碰撞而又人心激荡的岁月，不少人加入了"慎之又慎"的队伍。不仅法律大家、皇室家族为此出言，就是一般达官贵人也有出来为此摇旗呐喊的。当时的重臣张之洞说，"夫不可变者，伦纪也，非法制也"[856]，仿佛他耳边正在回响《礼记》这段话语："其不可变革者，则有矣，亲亲也，尊尊也，长长也。"[857] 虽说张之洞所说的表面意思是讲"大凡列为法制的东西可以照改不误"，但是，其实质是在讲，贯穿国人伦纪纲常这个根本的法律是动不得的，而那些无关宏旨的角落法律，可以学学西方人。这就是人们常说的"中体西用"在法律思想上的一个真实意思。另有清末大臣张仁黼也说：

中国文教素甲全球，数千年来礼陶乐淑，人人皆知尊君亲上，人伦道德之观念，最为发达，是乃我之国粹，中国法系即以此。特闻立

法者，必以保全国粹为重，而后参以各国之法，补其不足，此则以支那法系为主，而辅之以罗马、日耳曼诸法系之宗旨也。[858]

自然，所有这些说法都在表明一个空间上的“慎之又慎”。不奇怪，清末时期，西方法律文化风头正劲，在世界各地备受欢迎，到了国人这里似乎也是耀武扬威。于是，彻底而又顽固地将其拒之门外当然是件非常困难的事情。另外，那时的“顺势而为”的变革话语力量也是影响不小，加之国人之中不少人素有随波逐流的惰性，所以，面对难以抵御的西方强势法律文化，产生一种不温不火、“左右皆是”的中庸之道，也就顺理成章了。

对待外来法律文化的态度，和即时情景以及人们的习性有着紧密关联。不过这是事情的一个方面。另外，我们称之为“宏大意识形态”的东西同样是非常重要的。那种东西意指，我们看事物总是有个世界观，总会从一个大的方面看看东西的“是”与“非”，对东西先做个“定性”工作，或者预先旗帜鲜明地站在一个立场上，分清这是“应该的”或者“不应该的”，然后再说说怎样对待具体的法律。这样一种世界观十分容易影响对待外来事物的取舍姿态。

前面说的那些清人言语之所以出现，正是有这类原因。比如，他们显然相信，在道德伦常方面西方人的“行为文化”太过放肆，重则人欲横流，轻则世风日下，在家族关系上也是没大没小、“长幼不分”，以至人人都是以自我为中心、轻视社会。而这些东西的错误之处是绝对不可商量的。国人对此，自然需要是非分明。再有，清朝的政体是祖传的，“祖宗的规矩”不可变，这是大是大非的大问题。不能破此规矩另立西方人的分权邪说。大清政体延续数百年而能够依然屹立，自然又是表现了“生命不息”。凡存在即合理，合理的也就是正确的了。对于一个泱泱大国，自上而下的一体化统治威权当然是不能丢掉的。至于其他方面，属小打小闹，无关宏旨，是对是错本身也是不重要

的，所以可以拿来、看看、试试、用用，甚至让其“安家落户”。我们能够看出，所有这些意念都是被宏大意识形态暗中左右的。

空间上的“慎之又慎”还有一个潜在的话语思路：人性本身具有共通的地方，同时具有个性的地方。读者可以想起，在前面我们说过激进的变革观念特别相信人性的特点是普遍的，相信人人都有类似的“趋利避害”品性。[859]而“顺势而为”的观念倒是相信人性是文化的、“语境”的。后者尤其以为，别看人人都想要吃的喝的，那“吃喝”的意思终究是不同的。起码有人想吃这东西，有人想喝那东西，而且“吃法喝法”也是各有所异。所以，吃喝的欲求是浮在表面的现象，吃喝什么以及怎样吃喝才是要害的深层问题。[860]就像有学者说的：“问题不是在要的本身，而是在要什么的内容。这内容是文化所决定的。”[861]

与这些不同，到了“慎之又慎”这里，人性被一刀切开了：有的是一样的，有的是不一样的。这里没有什么绝对一样的东西，也没有什么“表面”或者“深层”的问题，有的只是这一部分、那一部分。这些“部分”要么是共通的，要么是个性的。于是，对待西方人或者其他外人的法律文化，便应看清哪些是属于共通的，哪些是属于个性的。个性的东西土生土长、根深蒂固，总是缘于自家流淌不断的文化传统，所以应该“把根留住”。共通的东西随处可见，而且也是没有什么“根底”的，所以搬来搬去也就无所谓了。

讲到这里，我们需要注意，“慎之又慎”作为一种思维方式，百年以来在国人这里本身就是流淌不断的。时至今日，意识形态不同了，人民当家作主了，这种方式则是以另种形式表现出来。有书说：“人们不能凭空开拓新生活、创造新制度……在文明时代的各个社会中都把偷盗、杀人、乱伦等行为视为犯罪而予以惩罚。社会关系、生产力等因素的连续性决定了法律调整方面的连续性，这是法的继承性的基本依据。”[862]但是，“每一个民族的社会调整都有其特点，法律调整在

社会调整中的地位和作用也各有特色，这与该社会的整个民族文化和生活方式紧密联系。一种新法的建立必须考虑这种文化背景，武断地移植另一种完全陌生的法律制度往往不会收到好的效果”[863]。

还有书讲：

如果两个国家社会政治内容不同，专门法律内容相似，在借鉴其专门法律内容时应注意防止其社会政治内容的影响。同时，无论就社会政治内容和专门法律内容而言，在许多情况下两个国家也不是全部相同或全部不同，而往往是部分相同、部分不同。因此，移植时应区别对待。至于到底哪些内容可以吸取、借鉴、移植……应当做具体分析。总的原则是，必须适应接受国的社会经济发展的需要。[864]

当然，今人的类似讲法虽说还是“慎之又慎”，但是毕竟和清末人士的言词不可同日而语。清末人士观念陈腐，立场也很有问题。今人则扔掉了“抽象的”人性论说基础，而且站在了鲜明的“阶级立场”，强调了敏锐的“政治洞察”。

113 “缩小”的激进·“拆开”的激进与顺势而为

前面几小节，笔者在“时间”和“空间”两个方面说了“慎之又慎”的意思。现在，我们深入讨论其中的问题。

先看“时间”这一边。在这边，“慎之又慎”是个“慢慢来”的意思。“慢慢来”又特别暗示了“结构主义”。这意味着如果看准西方人法律制度的某个部分实在不错，进而想搬来，那么就要一点一滴地逐步展开，也像改建一幢大楼里的每个小房子一样一个一个来。这个有点中庸味道的观念以为，自己本身和激进的变革观念有着实质区别，激进的观念属于感情用事，相信了“敢叫日月换新天”不算，还相信了“任何事可以只争朝夕”，而它自己则是不紧不慢、节奏适中。

但是，如果仔细琢磨一下，可以发现这类“慢慢来”倒可能是种变相的“激进观念”，或说是“缩小”的激进观念。

在前面第093小节，我们提过一个比喻的说法，讲激进的变革观念有些类似这种意思：在一个国家里，如果只有几个女性喜欢男式短发，或者在外国那里发现了这样的时髦风尚，那么打算让本国所有女性迅速改变，就可以拿起剪子将所有长发一一剪掉，根本不必等待“个人自觉”。其实，这个观念严格地讲，似乎没有“整体结构革命”的意思。因为可以发觉，一个国家的风俗文化在许多方面是不同于另一国的。在另一国里，不仅会看到女性的男式短发，还可以发现其他的诸如“裙子超短”“袒胸露背”之类的东西。这些东西就像男式短发一样，也是整个风俗文化大楼里的小房子。当解决头发变革的问题时，激进的观念有时并没有将“男式短发”“裙子超短”“袒胸露背”齐齐搬来的意思。这或许是因为改革者对另外两样不感兴趣，或许是根本就没想到这些东西。不论怎样，激进变革观念想要动手的对象，在事实上，往往是风俗文化方方面面里的一个方面，而不是全部。这样说来，假如可以将一个国家的所有风俗文化看作一个整体，一幢大楼，那么就可看到“慢慢来”的观念和激进观念的区别，好像大抵仅仅在于“小”与“大”的不同。

放在法律制度里面来说，激进的变革观念往往也是针对一个条文、某一方面的法律或者一个制度的，不是也不大可能是针对整个的法律大厦。前边，我们提过官司制度问题。[865]在那里，我们看见西方人的官司制度里面可以包括许多东西，像“小额钱债法庭”“诉讼抗辩规矩”“律师提前介入”等。如果我们乐意，在这后边还可写出长而又长的一个制度清单：“法官选自律师”“法官不与律师会面”“法官不外出调查收集证据”“最高法院法官可以终身任职”“法官薪水优厚充裕”……激进的变革观念在挥舞“拿来主义”旗帜的时候，通常不是想将清单可以列尽的整个官司制度一锅端来，而是像面对“头发”问题时一样，要么

对其中一些规矩兴趣有限，要么无暇顾及它们；反正，在事实上不是也不大可能是搬来整个官司制度。即使试图一锅端来，官司制度之外还有许多其他法律制度，就法律大厦而言，它们和官司制度一样，兴许都是可以列入“小房”清单的。如此讲去，“慢慢来”的“先动个别小房”的中庸观念，对比激进的变革观念依然是个“缩小”的同类产品。

说到这里，笔者想进而点出，如果激进的变革观念有何优点，则“慢慢来”的观念也会具有相似的优点。同样，如果前者有何问题，或者力不从心，则后者也是如此。同类产品具有同类问题是件自然的事情。

再看“空间”这一边。在法律变革上，“慎之又慎”的想法将对象一刀切为两部分。它认定一部分是万万不能动的，如果动了，轻则社稷紊乱，重则亡族亡国。同时，它认定另一部分可以进行大刀阔斧的变革，变革可以像风卷残云一样毫不含糊。这是一个有趣的“两面相”。其实，更准确地说，这是激进的变革观念和“顺势而为”的变革观念的一个简单加法的算式结果。它是“1+1=2”的意思，似乎没有也不大可能具有“1+1＞2”的味道。

如果真是一个简单加法的算式结果，那么我们将会看到一个景观：两个不同的人站在一起，这两人各自有短处，也各自有长处，而且，短处长处都是自己的，不是也不大可能经过站在一起就变为对方的。接下去的结论，我们可以说，激进变革观念的问题或优点，便是其中一个人的短处或长处，而“顺势而为”观念的问题或优点，也是另外一个人的短处或长处。这些问题或优点不大可能互换，也不大可能互补或说取长补短。因为简单加法的结果正是“1+1=2”“2+2=4”的意思。

说了这些，我们可以得出什么结论？刚讲的“慎之又慎”的变革观念是不是的确有别于激进观念和“顺势而为”观念的第三种观念？这些

问题，尊请读者自己甄别了。

小结

这一部分，笔者从一个不大雅致的“裹脚布”问题开始，讨论了一番可能的“第三种态度”。前面说过，某些国人思考问题时常有个“中间取齐”的爱好。在中国法律思想里，这是一个随处可见的有趣现象。看到一个东西有缺点，同时看到与它对立的东西还是有缺点，进而想到一个折中的立场，想到“裹脚布”是个无关宏旨的小问题，而其他才是大而又大的要害问题，这是十分自然的。

问题倒是在于，在法律变革这个大事上第三种态度是否那样“纯粹”，是否可以像一些人想象的那样能够四平八稳、滴水不漏?

我想，经过我们的大致剥离，第三种态度似乎已经表现出来：要么是“缩小”的激进变革法律观念，要么是隐蔽形式的“1+1=2”，好像难说是种独特的变革话语。不难理解，大凡落到一项具体的法律改革，中国法律思想中的任何一个理论最终都要说出一个“行”字，或者“不”字，不会也不可能自相矛盾地说出“既行又不”的逻辑呓语。从古到今，法律改革总是中国法律思想的议题。可是法律具有务实的品格，总是贴近我们国人的具体习性与生活。所以，关于法律变革的争论必将总是纠缠在具体的法律问题上。不论是以为要“变”，还是以为要“存”，还是以为大面上“这些可变那些要存”，最终在具体的问题上，要么是个肯定的姿态，要么是个否定的姿态。因为，具体问题是不能悬而不决的，它终究是我们具体过活日子的一种方式。人们可能会讨论“人是否需要吃饭”，但是这类讨论无论怎样抽象，人们都要在具体时刻回答具体问题：今天这饭是吃还是不吃？这样，在第三种态度的背后我们兴许看到的还是两种基本态度：或者人为变革，或者“顺势而为”。

经由这个思路，我们就回到了激进的和“顺势而为”的法律变革理论的初始地点。

只是在那里，我们已经暗示了，一切的一切决定于法律话语采取的基本姿态和立场。法律话语本身不是、也不大可能叙说一个绝对的法律思想真理。在编织一种法律思想的时候，我们会关注一些法律现象、法律事件，而且会关注一些前人已经说过的法律理论。但是十分重要的是，在关注的同时，我们自己的头脑并非“白板”一块，我们已有自己的预先存在的观念、想法、姿态，还有预先已存在的对法律利益是与非的基本立场。这些影响我们对“现象事件”的“关注”，最终影响了我们的法律思想的编织。所以，国人的法律思想不是也不可能是“客观”“中立”的话语描述。“第三种态度”是这样，激进的和“顺势而为”的变革理论也是这样，更加靠前的我们已经叙述的各类理论，同样是这样。

话说至此，我想写出金岳霖先生的一段言词作为进一步的说明：

我以为哲学是说出一个道理来的成见。哲学一定要有所‘见’……但何以又要成见呢？哲学中的见，其理论上最根本的部分，或者是假设，或者是信仰，严格地说起来，大都是永远或暂时不能证明与反证的思想。如果一个思想家一定要等这一部分的思想证明之后，才承认他成立，他就不能有哲学。这不是哲学的特殊情形，无论甚么学问，无论甚么思想都有，其所以如此者就是论理学不让我们兜圈子。[866]

有读者会问，既然我们的各类法律思想大抵是姿态立场的表达，而且又是“成见”，那么在中国法律实践中，我们到底应该如何？我想，这个问题就太大了。不过至少我们可以想到这样一些回答：第一是宽容；第二是自由对话式的相互理解；第三是看到，不仅在法律之外而且在法律之内，民主意识是不能忘记的。当然，法律中的民主对

法律实践而言未必就是一个最好的东西，但是它绝对不是一个最糟糕的东西。

这个意思权且当作全书的结束语吧。

参引文献

中文

阿奎那：《阿奎那政治著作选》，马清槐译，商务印书馆1982年版。

埃科：《他们寻找独角兽》，载乐黛云、勒·比松主编：《独角兽与龙》，北京大学出版社1995年版。

柏拉图：《理想国》，郭斌和、张竹明译，商务印书馆2002年版。

柏拉图：《游叙弗伦·苏格拉底的审判·克力同》，严群译，商务印书馆1983年版。

班固：《白虎通义》，上海古籍出版社1992年版。

班固：《汉书》，颜师古注，中华书局1962年版。

伯尔曼：《法律与革命》，贺卫方、高鸿钧、张志铭、夏勇译，中国大百科全书出版社1993年版。

布迪、莫里斯：《中华帝国的法律》，朱勇译，梁治平校，江苏人民出版社1995年版。

采蘅子：《虫鸣漫录》，新文化书社1934年版。

蔡元培：《中国伦理学史》，东方出版社1996年版。

陈独秀：《独秀文存》，亚东图书馆1922年版。

陈顾远：《中国法制史》，第一编总论，商务印书馆1934年版。

陈顾远：《中国法制史》，第一编总论，载《民国丛书》（第一编第28卷），上海书店1989年版。

陈亮：《陈亮集》，中华书局1987年版。

陈寿：《三国志》，裴松之注，陈乃乾点校，中华书局1959年版。

陈序经：《中国文化的出路》，中国人民大学出版社2004年版。

陈寅恪：“审查报告三”，载冯友兰：《中国哲学史（下册）》1984年版。

程树德：《中国法制史》，第一篇总结，商务印书馆1935年版。

《春秋左传正义》，杜预注，孔颖达等正义，上海古籍出版社1990年版。

《大清光绪新法令》，考正出版社1962年版。

邓析：《邓析子》，仲长统校定，陆佃解，上海古籍出版社1990年版。

董仲舒：《春秋繁露》，卢文弨校，上海古籍出版社1989年版。

范晔、司马彪：《后汉书》，李贤等注，中华书局1965年版。

房玄龄等：《晋书》，中华书局1987年版。

费孝通：《乡土中国》，三联书店1985年版。

费正清、赖肖尔：《中国：传统与变革》，陈仲丹译，江苏人民出版社1992年版。

冯友兰：《中国哲学史》（下册），中华书局1984年版。

傅霖：《刑统赋解》，收于刘俊文编、北京爱如生文化交流有限公司制作：《中国基本古籍库》，黄山书社2002年版。

高道蕴：“导言”，载高道蕴、高鸿钧、贺卫方编：《美国学者论中国法律传统》，中国政法大学出版社1994年版。

高道蕴：《中国早期的法治思想？》，载高道蕴、高鸿钧、贺卫方编：《美国学者论中国法律传统》，中国政法大学出版社1994年版。

葛洪：《抱朴子》，中华书局1954年版。

公孙龙：《公孙龙子》，逄行珪、谢希深、陶弘景注，上海古籍出版社2001年版。

《管子》，房玄龄注，刘续增注，上海古籍出版社1989年版。

海瑞：《海瑞集》，陈义钟编校，中华书局1962年版。

韩非：《韩非子》，阙名注，上海古籍出版社1989年版。

桓宽：《盐铁论》，张之象注，上海书店1986年版。

胡长清：《中国民法总论》，中国政法大学出版社1997年版。

胡适：《胡适文存》，北京大学出版社1998年版。

胡适：《中国哲学史大纲》，上海古籍出版社1997年版。

黄仁宇：《万历十五年》，内蒙古文化出版社1995年版。

霍布斯：《利维坦》，黎思复、黎廷弼译，商务印书馆1985年版。

霍翼编：《军政条例类考》，收于刘俊文编、北京爱如生文化交流有限公司制作：《中国基本古籍库》，黄山书社2002年版。

纪昀：《阅微草堂笔记》，吉林文史出版社1997年版。

贾谊：《新书》，上海古籍出版社1989年版。

金岳霖：《审查报告二》，载冯友兰：《中国哲学史（下册）》，中华书局1984年版。

康有为：《大同书》，上海古籍出版社2005年版。

康有为：《康有为政论集》，汤志钧编，中华书局1998年版。

康有为：《孟子微》，楼宇烈整理，中华书局1987年版。

孔安国：《尚书正义》，孔颖达等正义，中华书局1980年版。

蓝德彰：《宋元法学中的“活法”》，载高道蕴、高鸿钧、贺卫方编：《美国学者论中国法律传统》，中国政法大学出版社1994年版。

蓝鼎元：《鹿洲公案》，收于刘俊文编、北京爱如生文化交流有限公司制作：《中国基本古籍库》，黄山书社2002年版。

老子：《老子》，王弼、张湛注，上海古籍出版社1989年版。

李昉等：《太平御览》，中华书局1960年版。

《礼记》，钱兴奇等注，岳麓书社2001年版。

《礼记正义》，郑玄注，孔颖达等正义，上海古籍出版社1990年版。

李龙等：《法理学》，武汉大学出版社1996年版。

梁启超：《先秦政治思想史》，东方出版社1996年版。

梁启超：《饮冰室合集》，中华书局1989年版。

梁漱溟：《梁漱溟全集（第4卷）》，山东人民出版社1991年版。

梁漱溟：《梁漱溟全集（第1卷）》，山东人民出版社1989年版。

梁治平：《清代习惯法：社会与国家》，中国政法大学出版社1996年版。

梁治平：《寻求自然秩序中的和谐——中国传统法律文化研究》，中国政法大学出版社1997年版。

《列子》，张湛注，殷敬顺释文，中华书局1989年版。

刘安等编著：《淮南子》，高诱注，庄逵吉校，上海古籍出版社1989年版。

刘昫等：《旧唐书》，中华书局1975年版。

刘歆：《邓析子·序》，载邓析：《邓析子》上海古籍出版社1990年版。

柳宗元：《柳河东集》，上海人民出版社1974年版。

卢梭：《社会契约论》，何兆武译，商务印书馆1982年版。

陆贾：《新语》，上海书店1986年版。

罗迪埃：《比较法导论》，徐百康译，上海译文出版社1989年版。

罗振玉："王忠悫公别传"，载袁光英、刘寅生编著：《王国维年谱长编》，天津人民出版社1996年版。

《论语注疏》，何晏注，邢昺疏，中华书局1980年版。

洛克：《政府论》（下篇），叶启芳、瞿菊农译，商务印书馆1983年版。

吕不韦：《吕氏春秋》，高诱注，毕沅校，上海古籍出版社1989年版。

马建忠：《适可斋记言记行》，中华书局1960年版。

马王堆汉墓帛书整理小组编：《经法》，文物出版社1976年版。

毛祥麟：《墨余录》，毕万忱点校，上海古籍出版社1985年版。

孟德斯鸠：《论法的精神》，张雁深译，商务印书馆1982年版。

《孟子注疏》：赵岐注，孙奭疏，北京大学出版社1999年版。

墨翟：《墨子》，毕沅校注，上海书店1986年版。

欧阳询：《艺文类聚》，汪绍楹校，上海古籍出版社1965年版。

皮文睿：《儒家法学超越自然法》，载高道蕴、高鸿钧、贺卫方编：《美国学者论中国法律传统》，中国政法大学出版社1994年版。

丘汉平：《法律教育与现代》，载孙晓楼著，王健编：《法律教育》，中国政法大学出版社1997年版。

邱浚：《大学衍义补》，京华出版社1999年版。

瞿同祖：《中国法律与中国社会》，中华书局1981年版。

商鞅：《商君书》，严万理校，中华书局1954年版。

上海师范大学古籍整理组校点：《国语》，上海古籍出版社1978年版。

申不害：《申子》，学苑音像出版社2004年版。

沈家本：《寄簃文存》，收于刘俊文编、北京爱如生文化交流有限公司制作：《中国基本古籍库》，黄山书社2002年版。

沈家本：《历代刑法考》，中华书局1985年版。

沈家本：《酌拟法院编制法缮单呈览折》，载故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》，中华书局1979年版。

沈宗灵等：《法理学》，高等教育出版社1994年版。

慎到：《慎子》，钱熙祚校，上海书店1954年版。

《诗经全注》，褚斌杰注，人民文学出版社1986年版。

司马光：《资治通鉴》（第4册），胡三省音注，“标点资治通鉴小组”校点，中华书局1956年版。

司马光：《司马温公文集·乞令六曹删减条贯白札子（卷四〇）》，福州正谊书院清同治五年版。

司马光：《司马温公文集·议谋杀已伤案问欲举而自首状（卷二六）》，福州正谊书院清同治五年版。

司马迁：《史记》，中华书局1959年版。

苏力：《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社1996年版。

孙国华等：《法理学》，法律出版社1995年版。

孙国华：《“法治”的提法不要“人治”，值得商榷》，载《法治与人治问题讨论集》，群众出版社1980年版。

孙国华等：《法理学教程》，中国人民大学出版社1994年版。

孙晓楼著，王健编：《法律教育》，中国政法大学出版社1997年版。

谭嗣同：《谭嗣同全集》，三联书店1954年版。

王安石：《王临川集》，商务印书馆1936年版。

王充：《论衡》，上海古籍出版社1990年版。

王夫之：《读通鉴论》，中华书局1975年版。

王符：《潜夫论》，汪继培笺，上海古籍出版社1978年版。

王铭铭：《村落视野中的家族、国家与社会——福建美法村的社区史》，载王铭铭、王斯福主编：《乡土社会的秩序、公正与权威》，中国政法大学出版社1997年版。

韦伯：《儒教与道教》，王容芬译，商务印书馆1995年版。

魏徵、令狐德棻：《隋书》，中华书局1973年版。

吴炽昌：《续客窗闲话》，时代文艺出版社1987年版。

吴兢编著：《贞观政要》，岳麓书社2000年版。

吴经熊：《吴序》，载孙晓楼著，王健编：《法律教育》，中国政法大学出版社1997年版。

许慎：《说文解字》，徐铉校订，中华书局1963年版。

许慎：《说文解字注》，段玉裁注，上海古籍出版社1981年版。

荀况：《荀子》，杨倞注，上海古籍出版社1989年版。

亚里士多德：《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆1983年版。

严复：《法意》（卷19案语），商务印书馆1981年版。

严复：《严复集》，中华书局1986年版。

《晏子春秋》，孙星衍、黄以周校，上海古籍出版社1989年版。

杨幼炯：《近代中国立法史·自序》，载《民国丛书》（第一编第29卷），上海书店1989年版。

尹文：《尹文子》，钱熙祚校，上海书店1954年版。

袁枢：《通鉴记事本末》，改革出版社1994年版。

乐黛云：《序言》，载乐黛云、勒·比松主编：《独角兽与龙》，北京大学出版社1995年版。

张国华：《略论春秋战国时期的“法治”与“人治”》，载《法治与人治问题讨论集》，群众出版社1980年版。

张金吾：《爱日精庐藏书志》，收于刘俊文编、北京爱如生文化交流有限公司制作：《中国基本古籍库》，黄山书社2002年版。

张晋藩、曾宪义：“人治与法治的历史剖析”，载《法治与人治问题讨论集》，群众出版社1980年版。

张溥编：《汉魏六朝一百三家集》，收于刘俊文编、北京爱如生文化交流有限公司制作：《中国基本古籍库》，黄山书社2002年版。

长孙无忌等：《唐律疏议》，刘俊文点校本，中华书局1983年版。

张廷玉等：《明史》，中华书局1974年版。

张文显等：《法理学》，法律出版社1997年版。

张伟仁：《清代的法学教育》，载贺卫方编：《中国法律教育之路》，中国政法大学出版社1997年版。

张之洞：《劝学篇》，李忠兴评注，中州古籍出版社1998年版。

《周礼注疏》，郑玄注，贾公彦疏，上海古籍出版社1990年版。

周密：《中国刑法史》，群众出版社1985年版。

《周易注疏》，孔颖达疏，中华书局1998年版。

朱景文：《比较法导论》，中国检察出版社1992年版。

朱熹：《晦庵先生朱文公文（第6卷）》，商务印书馆1935年版。

朱熹：《晦庵先生朱文公文集（第12卷）》，商务印书馆1935年版。

祝庆祺、鲍书芸：《刑案汇览》，北京古籍出版社2000年版。

庄周：《庄子》，郭象注，上海古籍出版社1989年版。

外文

Austin, John，*The Province of Jurisprudence Determined* . ed.Wilfirid E.Rumble.New York：Cambridge University Press，1995.

Ehrlich, Eugen，*Fundamental Principles of the Sociology of Law* . trans.W.L.Moll, Cambridge：Harvard University Press，1936.

Frank, Jerome，*Court on Trial：Myth and Reality in American Justice* . Princeton：Princeton University Press，1949.

[1] 蓝鼎元：《鹿洲公案》，收于刘俊文编、北京爱如生文化交流有限公司制作：《中国基本古籍库》，黄山书社2002年版，第24页。

[2] 蓝鼎元：《鹿洲公案》，第24页。上述案情全部细节，参见蓝鼎元：《鹿洲公案》，第22—24页。

[3] 《管子》，房玄龄注，刘续增注，上海古籍出版社1989年版，第17—18页。

[4] 《管子》，第18页。

[5] 《管子》，第18页。

[6] 《管子》，第18页。

[7] 《管子》，第18页。

[8] 见《管子》，第51页。

[9] 韩非：《韩非子》，阙名注，上海古籍出版社1989年版，第131页。

[10] 沈宗灵等：《法理学》，高等教育出版社1994年版，第3页；张文显等：《法理学》，法律出版社1997年版，第56页。

[11] 孙国华等：《法理学》，法律出版社1995年版，第35页。

[12] 《春秋左传正义》，杜预注，孔颖达等正义，上海古籍出版社1990年版，第82页。

[13] 尹文：《尹文子》，钱熙祚校，上海书店1954年版，第1页。

[14] 见韩非：《韩非子》，第70页。

[15] 吕不韦：《吕氏春秋》，高诱注，毕沅校，上海古籍出版社1989年版，第108页。

[16] 见吕不韦：《吕氏春秋》，第108页。

[17] 吕不韦：《吕氏春秋》，第220页。

[18] 《礼记正义》，郑玄注，孔颖达等正义，上海古籍出版社1990年版，第430页。

[19] 《管子》，第15页。

[20] 费孝通：《乡土中国》，三联书店1985年版，第23页。

[21] 孔安国：《尚书正义》，孔颖达等正义，中华书局1980年版，第364页。

[22] 《诗经全注》，褚斌杰注，人民文学出版社1986年版，第345页。

[23] 《礼记正义》，第858页。

[24] 蔡元培：《中国伦理学史》，东方出版社1996年版，第7页。

[25] 刘安等编著：《淮南子》，高诱注，庄逵吉校，上海古籍出版社1989年版，第223页。

[26] 孙国华等：《法理学》，第96页。

[27] 李龙等：《法理学》，武汉大学出版社1996年版，第24—25页。

[28] 韩非：《韩非子》，第46页。

[29] “法之功，莫大使私不行”。见慎到：《慎子》，钱熙祚校，上海书店1954年版，第7页。

[30] 韩非：《韩非子》，第143页。

[31] 吕不韦：《吕氏春秋》，第16页。

[32] 吕不韦：《吕氏春秋》，第16页。

[33] 吕不韦：《吕氏春秋》，第16页。

[34] 司马光编著：《资治通鉴》（4），胡三省音注，“标点资治通鉴小组”校点，中华书局1956年版，第1695页。

[35] 司马光编著：《资治通鉴》（4），第1695页。

[36] 韩非：《韩非子》，第155页。

[37] “法者，所以齐天下之动，至公大定之制也……骨肉可刑，亲戚可灭，至法不可阙也。”见慎到：《慎子》，第13页。

[38] 《管子》，第145页。

[39] 韩非：《韩非子》，第13页。

[40] 孙国华等：《法理学》，第88页。

[41] 《管子》，第161页。

[42] 见慎到：《慎子》，第9页。

[43] 见商鞅：《商君书》，严万理校，中华书局1954年版，第43页。

[44] 尹文：《尹文子》，第27页。

[45] 荀况：《荀子》，杨倞注，上海古籍出版社1989年版，第163页。

[46] 梁漱溟：《梁漱溟全集（第1卷）》，山东人民出版社1989年版，第655页。

[47] 《列子》，张湛注，殷敬顺释文，中华书局1954年版，第10页。

[48] 孙国华等：《法理学》，第50页。

[49] 墨翟：《墨子》，毕沅校注，上海书店1986年版，第144页。

[50] 王充：《论衡》，上海古籍出版社1990年版，第171页。

[51] 王充：《论衡》，第171页。

[52] 许慎：《说文解字》，徐铉校订，中华书局1963年版，第202页。

[53] 段玉裁称，此句来自《神异经》。见许慎：《说文解字注》，段玉裁注，上海古籍出版社1981年版，第469页。

[54] 乐黛云：《序言》，载乐黛云、勒·比松主编：《独角兽与龙》，北京大学出版社1995年版，第1页。

[55] 埃科：《他们寻找独角兽》，载乐黛云、勒·比松主编：《独角兽与龙》，北京大学出版社1995年版，第2—3页。

[56] 乐黛云：《序言》，载乐黛云、勒·比松主编：《独角兽与龙》，第1页。

[57] 布迪、莫里斯：《中华帝国的法律》，朱勇译，梁治平校，江苏人民出版社1995年版，第459页。

[58] 许慎：《说文解字》，第202页。

[59] 长孙无忌等：《唐律疏议》，刘俊文点校本，中华书局1983年版，第1页。

[60] 《春秋左传正义》，第750页。

[61] 长孙无忌等：《唐律疏义》，第12页。

[62] 《周礼注疏》，郑玄注，贾公彦疏，上海古籍出版社1990年版，第538页。

[63] 高道蕴：《导言》，载高道蕴、高鸿钧、贺卫方编：《美国学者论中国法律传统》，中国政法大学出版社1994年版，第2—3页。

[64] 梁启超：《先秦政治思想史》，东方出版社1996年版，第56页。

[65] 梁启超：《先秦政治思想史》，第56—57页。

[66] 梁启超：《先秦政治思想史》，第57页。

[67] 孙国华等：《法理学》，第50页。

[68] 沈宗灵等：《法理学》，第34页。

[69] 《列子》，第36页。

[70] 梁治平：《寻求自然秩序中的和谐——中国传统法律文化研究》，中国政法大学出版社1997年版，第217页。

[71] 瞿同祖：《中国法律与中国社会》，中华书局1981年版，第321页。

[72] 《管子》，第163页。

[73] 《管子》，第45页。

[74] 荀况：《荀子》，第8页。

[75] 《礼记正义》，第15页。

[76] 《礼记正义》，第15页。

[77] 梁启超：《先秦政治思想史》，第224页。

[78] 《管子》，第14页。

[79] 见费孝通：《乡土中国》，第61页。

[80] 见费孝通：《乡土中国》，第65、68页。

[81] 见费孝通：《乡土中国》，第68页。

[82] 韦伯：《儒教与道教》，王容芬译，商务印书馆1995年版，第146页。

[83] 墨翟：《墨子》，第45页。

[84] 王铭铭：《村落视野中的家族、国家与社会——福建美法村的社区史》，载王铭铭、王斯福主编：《乡土社会的秩序、公正与权威》，中国政法大学出版社1997年版，第94页。

[85] 墨翟：《墨子》，第22页。

[86] 王铭铭：《村落视野中的家族、国家与社会——福建美法村的社区史》，载王铭铭、王斯福主编：《乡土社会的秩序、公正与权威》，第94页。

[87] 王铭铭：《村落视野中的家族、国家与社会——福建美法村的社区史》，载王铭铭、王斯福主编：《乡土社会的秩序、公正与权威》，第100页。

[88] 梁治平：《清代习惯法：社会与国家》，中国政法大学出版社1996年版，第31—32页。

[89] 墨翟：《墨子》，第11页。

[90] 《孟子注疏》，赵岐注，孙奭疏，北京大学出版社1999年版，第185页。

[91] 慎到：《慎子·逸文》，第7页。

[92] 《管子》，第59页。

[93] 《管子》，第161页。

[94] 商鞅：《商君书》，第25页。

[95] 吴兢编著：《贞观政要》，岳麓书社2000年版，第184页。

[96] 刘安等编著：《淮南子》，第88—91页。

[97] 韩非：《韩非子》，第46页。

[98] 《孟子注疏》，第387页。

[99] 高道蕴：《中国早期的法治思想？》，载高道蕴、高鸿钧、贺卫方编：《美国学者论中国法律传统》，中国政法大学出版社1994年版，第252页。

[100] 商鞅：《商君书》，第29页。

[101] 《礼记正义》，第844页。

[102] 《礼记正义》，第844页。

[103] 荀况：《荀子》，第64页。

[104] 《春秋左传正义》，第861页。

[105] 《春秋左传正义》，第749页。

[106] 《春秋左传正义》，第861页。

[107] 韩非：《韩非子》，第73页。

[108] 韩非：《韩非子》，第76—77页。

[109] 韩非：《韩非子》，第77页。

[110] 韩非：《韩非子》，第80页。

[111] 商鞅：《商君书》，第14页。

[112] 刘安等编著：《淮南子》，第175页。

[113] 韩非：《韩非子》，第42页。

[114] 韩非：《韩非子》，第144页。

[115] 韩非：《韩非子》，第145页。

[116] 商鞅：《商君书》，第13页。

[117] 《管子》，第164页。

[118] 吕不韦：《吕氏春秋》，第42页。

[119] 吕不韦：《吕氏春秋》，第60页。

[120] 韩非：《韩非子》，第164页。

[121] 刘安等编著：《淮南子》，第96页。

[122] 房玄龄等：《晋书》，中华书局1987年版，第932页。

[123] 费孝通：《乡土中国》，第86页。

[124] 胡适：《中国哲学史大纲》，上海古籍出版社1997年版，第231页。

[125] 《礼记》，钱兴奇等注，岳麓书社2001年版，第306页。

[126] 《礼记》，第306页。

[127] 《礼记》，第677页。

[128] 刘安等编著：《淮南子》，第121页。

[129] 梁漱溟：《梁漱溟全集（第4卷）》，山东人民出版社1991年版，第668页。

[130] 梁漱溟：《梁漱溟全集（第4卷）》，第668—669页。

[131] 韩非：《韩非子》，第145页。

[132] 《管子》，第57页。

[133] 商鞅：《商君书》，第39页。

[134] 韩非：《韩非子》，第148页。

[135] 韩非：《韩非子》，第120页。

[136] 布迪、莫里斯：《中华帝国的法律》，第17页。

[137] 布迪、莫里斯：《中华帝国的法律》，第16—17页。

[138] 商鞅：《商君书》，第39—40页。

[139] 商鞅：《商君书》，第40页。

[140] 韩非：《韩非子》，第164页。

[141] 老子：《老子》，王弼、张湛注，上海古籍出版社1989年版，第16页。

[142] 王符：《潜夫论》，汪继培笺，上海古籍出版社1978年版，第202页。

[143] 韩非：《韩非子》，第56页。

[144] 韩非：《韩非子》，第56页。

[145] 韩非：《韩非子》，第56页。

[146] 见《管子》，第57页。

[147] 韩非：《韩非子》，第77—78页。

[148] 孙国华等：《法理学教程》，中国人民大学出版社1994年版，第50页。

[149] 李龙等：《法理学》，第249页。

[150] 《管子》，第37页。

[151] 荀况：《荀子》，第155页。

[152] 《礼记》，第353页。

[153] 瞿同祖：《中国法律与中国社会》，第276页。

[154] 布迪、莫里斯：《中华帝国的法律》，第17页。

[155] 桓宽：《盐铁论》，张之象注，上海书店1986年版，第31页。

[156] 韩非：《韩非子》，第110页。

[157] 韩非：《韩非子》，第110页。

[158] 王符：《潜夫论》，第245页。

[159] 王符：《潜夫论》，第244页。

[160] 韩非：《韩非子》，第15页。

[161] 见祝庆祺、鲍书芸：《刑案汇览》，北京古籍出版社2000年版，第22—23页。

[162] 司马迁：《史记》，太史公自序，中华书局1959年版，第3291页。

[163] 祝庆祺、鲍书芸：《刑案汇览》，第391—392页。

[164] 商鞅：《商君书》，第18页。

[165] 商鞅：《商君书》，第22。

[166] 《礼记》，第27页。

[167] 《孟子注疏》，第50页。

[168] 《晏子春秋》，孙星衍、黄以周校，上海古籍出版社1989年版，第5页。

[169] 瞿同祖：《中国法律与中国社会》，第204页。

[170] 商鞅：《商君书》，第24页。

[171] 商鞅：《商君书》，第11—12页。

[172] 韩非：《韩非子》，第69页。

[173] 商鞅：《商君书》，第29页。

[174] 商鞅：《商君书》，第30页。

[175] 刘安等编著：《淮南子》，第147页。

[176] 韩非：《韩非子》，第145页。

[177] 刘安等编著：《淮南子》，第119页。

[178] 吕不韦：《吕氏春秋》，第23页。

[179]《管子》，第202页。

[180]《管子》，第149页。

[181]《管子》，第149页。

[182]《管子》，第53页。

[183] 陆贾：《新语》，上海书店1986年版，第5页。

[184] 慎到：《慎子》，第2页。

[185] 韩非：《韩非子》，第145页。

[186] 韩非：《韩非子》，第145页。

[187] 见《韩非子》，第99页。

[188] 孔安国：《尚书正义》，第481页。

[189] 许慎：《说文解字》，第202页。见前第007小节。

[190] 尹文：《尹文子》，第9页。

[191] 吕不韦：《吕氏春秋》，第191页。

[192] 荀况：《荀子》，第81页。

[193] 马王堆汉墓帛书整理小组编：《经法》，文物出版社1976年版，第8页。

[194] 荀况：《荀子》，第57页。

[195] 荀况：《荀子》，第81页。

[196] 孔安国：《尚书正义》，第481页。

[197] 孔安国：《尚书正义》，第481页。

[198] 范晔、司马彪：《后汉书》，李贤等注，中华书局1965年版，第2696页。

[199] 刘安等编著：《淮南子》，第224页。

[200] 刘安等编著：《淮南子》，第224页。

[201] 邱浚：《大学衍义补》，京华出版社1999年版，第630页。

[202] 刘安等编著：《淮南子》，第132页。

[203] 费孝通：《乡土中国》，第68页。

[204] 刘安等编著：《淮南子》，第225页。

[205] 瞿同祖：《中国法律与中国社会》，第286—287页。

[206] 桓宽：《盐铁论》，第58页。

[207] 陆贾：《新语》，第7页。

[208] 《礼记》，第737页。

[209] 瞿同祖：《中国法律与中国社会》，第288页。

[210] 瞿同祖：《中国法律与中国社会》，第287—288页

[211] 梁漱溟：《梁漱溟全集（第4卷）》，第702页。

[212] 梁漱溟：《梁漱溟全集（第4卷）》，第522页。

[213] 朱熹：《晦庵先生朱文公文集（第12卷）》，商务印书馆1935年版，第132页。

[214] 见前第014小节。

[215] 《孟子注疏》，第23页。

[216] 《孟子注疏》，第23页。

[217] 《孟子注疏》，第24页。

[218] 《孟子注疏》，第23页。

[219] 韩非：《韩非子》，第119页。

[220] 韩非：《韩非子》，第120页。

[221] 韩非：《韩非子》，第120页。

[222] 参见前第014小节。

[223] 见前第019小节。

[224] 《孟子注疏》，第300页。

[225] 《孟子注疏》，第78页。

[226] 《孟子注疏》，第93页。

[227] 《孟子注疏》，第300页。

[228] 《孟子注疏》，第94页。

[229] 《孟子注疏》，第299—300页。

[230] 《孟子注疏》，第300页。

[231] 《孟子注疏》，第300页。

[232] 《孟子注疏》，第131页。

[233] 《孟子注疏》，第146页。

[234] 《孟子注疏》，第15页。

[235] 见荀况：《荀子》，第87页。

[236] 荀况：《荀子》，第87页。

[237] 荀况：《荀子》，第87页。

[238] 荀况：《荀子》，第94页。

[239] 布迪、莫里斯：《中华帝国的法律》，第19页。

[240] 桓宽：《盐铁论》，第50页。

[241] 贾谊语，见班固：《汉书》，颜师古注，中华书局1962年版，第2253页。

[242] 《论语注疏》，何晏注、邢昺疏，中华书局1980年版，第2504页。

[243] 《孟子注疏》，第233页。

[244] 许慎：《说文解字》，第161页。

[245] 《孟子注疏》，第19页。

[246] 见前第023小节。

[247] 《孟子注疏》，第20页。

[248] 《孟子注疏》，第24页。

[249] 刘安等编著：《淮南子》，第102页。

[250] 见前第012小节。

[251] 商鞅：《商君书》，第17页。

[252] 商鞅：《商君书》，第17页。

[253] 商鞅：《商君书》，第10页。

[254] 韩非：《韩非子》，第138页。

[255] 韩非：《韩非子》，第148页。

[256] 韩非：《韩非子》，第154页。

[257] 《晏子春秋》，第12—13页。

[258] 《晏子春秋》，第13页。

[259] 《管子》，第190页。

[260] 《晏子春秋》，第39页。

[261] 《礼记》，第311页。

[262] 《礼记》，第3页。

[263] 《礼记》，第635页。

[264] 《礼记》，第507页。

[265] 《礼记》，第15页。

[266] 《礼记》，第656页。

[267] 荀况：《荀子》，第10页。

[268] 《礼记》，第671页。

[269] 梁启超：《先秦政治思想史》，第267页。

[270] 梁启超：《先秦政治思想史》，第263—264页。

[271] 见前第002小节。

[272] 周密：《中国刑法史》，群众出版社1985年版，第103页。

[273] 周密：《中国刑法史》，第103页。

[274] 梁漱溟：《梁漱溟全集（第4卷）》，第479页。

[275] 费孝通：《乡土中国》，第5页。

[276] 费孝通：《乡土中国》，第4页。

[277] 费孝通：《乡土中国》，第5—6页。

[278] 孟德斯鸠：《论法的精神》，张雁深译，商务印书馆1982年版，第316页。

[279] 见韩非：《韩非子》，第119页。

[280] 梁启超：《先秦政治思想史》，第264页。

[281] 贾谊语，见班固：《汉书》，第2252页。

[282] 司马迁：《史记》，《太史公自序》，第3298页。

[283] 布迪、莫里斯：《中华帝国的法律》，第401页。

[284] 《论语注疏》，第2524页。

[285] 《孟子注疏》，第302页。

[286] 《孟子注疏》，第306页。

[287] 王符：《潜夫论》，第104页。

[288] 荀况：《荀子》，第140页。

[289] 荀况：《荀子》，第140页。

[290] 荀况：《荀子》，第140页。

[291] 荀况：《荀子》，第139页。

[292] 见前第014小节。

[293] 刘安等编著：《淮南子》，第145页。

[294] 荀况：《荀子》，第21页。

[295] 荀况：《荀子》，第141页。

[296] 荀况：《荀子》，第139页。

[297] 刘昫等：《旧唐书》，中华书局1975年版，第2811页。

[298] 孔安国：《尚书正义》，第723页。

[299] 荀况：《荀子》，第103页。

[300] 班固：《汉书》，第1034页。

[301] 吕不韦：《吕氏春秋》，第113页。

[302] 刘安等编著：《淮南子》，第202页。

[303] 刘安等编著：《淮南子》，第202页。

[304] 墨翟：《墨子》，第271—273页。

[305]《礼记》，第289页。

[306] 李昉等：《太平御览》，中华书局1960年版，第2868页。

[307] 范晔、司马彪：《后汉书》，第1612页。

[308] 瞿同祖：《中国法律与中国社会》，第313页。

[309] 朱熹：《晦庵先生朱文公文集（第6卷）》，第1页。

[310] 朱熹：《晦庵先生朱文公文集（第6卷）》，第2页。

[311] 瞿同祖：《中国法律与中国社会》，第333页。

[312] 瞿同祖：《中国法律与中国社会》，第333页。

[313] 皮文睿，《儒家法学：超越自然法》，载高道蕴、高鸿钧、贺卫方编：《美国学者论中国法律传统》，中国政法大学出版社1994年版，第133页。

[314] 韩非：《韩非子》，第34页。

[315] 柳宗元：《柳河东集》，上海人民出版社1974年版，第63—64页。

[316] 荀况：《荀子》，第154页。

[317]《礼记》，第304页。

[318] 长孙无忌等：《唐律疏议》，第13页。

[319] 荀况：《荀子》，第57页。

[320] 荀况：《荀子》，第83页。

[321] 桓宽：《盐铁论》，第38页。

[322] 刘安等编著：《淮南子》，第228页。

[323] 荀况：《荀子》，第81页。

[324] 沈家本：《历代刑法考》，中华书局1985年版，第1960页。

[325] 吴炽昌：《续客窗闲话》，时代文艺出版社1987年版，第184页。

[326] 荀况：《荀子》，第44页。

[327] 荀况：《荀子》，第44页。

[328] 陈寿：《三国志》，裴松之注，陈乃乾点校，中华书局1959年版，第650页。

[329] 司马光：《司马温公文集·议谋杀已伤案问欲举而自首状（卷二六）》，福州正谊书院，清同治五年刊本，第3页。

[330] 沈家本：《历代刑法考》，第2234页。

[331] 孙晓楼著，王健编：《法律教育》，中国政法大学出版社1997年版，第65—66页。

[332] 《孟子注疏》，第204页。

[333] 孔子语，见《礼记》，第69▲▲▲见前第009小节。

★★★。如果我们将“礼制”一类的习俗惯例看作广义的“准法”，或叫“民间法”，2而且记住其和国家法律彼此有个互动关系，那么，这里的问题和对问题的深入思考，更会多彩有趣。

[334] 张金吾：《爱日精庐藏书志》，收于刘俊文编、北京爱如生文化交流有限公司制作：《中国基本古籍库》，黄山书社2002年版，212页。

[335] 霍翼：《军政条例类考》，收于刘俊文编、北京爱如生文化交流有限公司制作：《中国基本古籍库》，黄山书社2002年版，第82页。

[336] 孙晓楼：《法律教育》，第24—25页。

[337] 胡长清：《中国民法总论》，中国政法大学出版社1997年版，第13页。

[338] 蓝德彰：《宋元法学中的“活法”》，载高道蕴、高鸿钧、贺卫方编：《美国学者论中国法律传统》，中国政法大学出版社1994年版，第315页。

[339] 《春秋左传正义》，第750页。

[340] 韩非：《韩非子》，第46页。

[341] 傅霖：《刑统赋解》，收于刘俊文编、北京爱如生文化交流有限公司制作：《中国基本古籍库》，黄山书社2002年版，第2页。

[342] 房玄龄等：《晋书》，第1026页。

[343] 杜预语，见欧阳阳询：《艺文类聚》，汪绍楹校，上海古籍出版社1965年版，第980页。

[344] 吴兢：《贞观政要》，第269页。

[345] 司马光：《司马温公文集·乞令六曹删减条贯白札子（卷四O）》，第1页。

[346] 程树德：《中国法制史》，第一篇总结，商务印书馆1935年版，第18页。

[347] 周密：《中国刑法史》，第427页。

[348] 杜预语，见欧阳阳询：《艺文类聚》，第977页。

[349] 房玄龄等：《晋书》，第936页。

[350] 邱浚：《大学衍义补》，第948页。

[351] 韩非：《韩非子》，第117页。

[352] 陈亮：《陈亮集》，中华书局1987版，第133页。

[353] 见祝庆祺、鲍书芸：《刑案汇览》，第2032页。

[354] 见前第036、037小节。

[355] 王夫之：《读通鉴论》，中华书局1975年版，第757页。

[356] 《晏子春秋》，第11—12页。

[357] 《晏子春秋》，第43页。

[358] 《晏子春秋》，第34页。

[359] 刘安等编著：《淮南子》，第220页。

[360] 吕不韦：《吕氏春秋》，第106页。

[361] 荀况：《荀子》，第172页。

[362] 荀况：《荀子》，第45页。

[363] 《管子》，第179页。

[364] 《管子》，第104页。

[365] 老子：《老子》，第19页。

[366] 老子：《老子》，第1页。

[367] 庄周：《庄子》，郭象注，上海古籍出版社1989年版，第46页。

[368] 庄周：《庄子》，第46—47页。

[369] 老子：《老子》，第14页。

[370] 吕不韦：《吕氏春秋》，第143页。

[371] 刘安等编著：《淮南子》，第86页。

[372] 老子：《老子》，第5页。

[373] 吕不韦：《吕氏春秋》，第142页。

[374] 吕不韦：《吕氏春秋》，第214页。

[375] 老子：《老子》，第9页。

[376] 老子：《老子》，第4页。

[377] 老子：《老子》，第18页。

[378] 庄周：《庄子》，第27页。

[379] 老子：《老子》，第17页。

[380] 老子：《老子》，第18页。

[381] 胡适：《中国哲学史大纲》，第47页。

[382] 刘安等编著：《淮南子》，第67页。

[383] 庄周：《庄子》，第75页。

[384] 庄周：《庄子》，第27页。

[385] 《春秋左传正义》，第750页。

[386] 老子：《老子》，第14页。

[387] 吕不韦：《吕氏春秋》，第172页。

[388] 墨翟：《墨子》，第21页。

[389] 墨翟：《墨子》，第14页。

[390] 庄周：《庄子》，第60页。

[391] 刘安等编著：《淮南子》，第174页。

[392] 梁漱溟：《梁漱溟全集（第4卷）》，第515页。

[393] 柏拉图：《理想国》，郭斌和、张竹明译，商务印书馆2002年版，第98—100页。

[394] 霍布斯：《利维坦》，黎思复、黎廷弼译，商务印书馆1985年版，第97—108页。

[395] 见洛克：《政府论》（下篇），叶启芳、瞿菊农译，商务印书馆1983年版，第59—80页。

[396] 卢梭：《社会契约论》，何兆武译，商务印书馆1982年版，第22—26页。

[397] 张溥编：《汉魏六朝一百三家集》，收于刘俊文编、北京爱如生文化交流有限公司制作：《中国基本古籍库》，黄山书社2002年版，第638页。

[398] 庄周：《庄子》，第56页。

[399] 庄周：《庄子》，第56页。

[400] 庄周：《庄子》，第56页。

[401] 庄周：《庄子》，第56页。

[402] 庄周：《庄子》，第55页。

[403] 庄周：《庄子》，第56页。

[404] 老子：《老子》，第4页。

[405] 庄周：《庄子》，第51页。

[406] 老子：《老子》，第9页。

[407] 刘安等编著：《淮南子》，第79页。

[408] 庄周：《庄子》，第59—60页。

[409] 老子：《老子》，第1页。

[410] 《论语注疏》，第2526页。

[411] 刘安等编著：《淮南子》，第203页。

[412] 刘安等编著：《淮南子》，第204页。

[413] 刘安等编著：《淮南子》，第204页。

[414] 胡适：《中国哲学史大纲》，第46页。

[415] 韩非：《韩非子》，第153页。

[416] 荀况：《荀子》，第109页。

[417] 梁启超：《先秦政治思想史》，第253页。

[418] 梁启超：《先秦政治思想史》，第253页。

[419] 老子：《老子》，第18页。

[420] 慎到：《慎子》，第2页。

[421] 陈顾远：《中国法制史》，第一编总论，载《民国丛书》第一编第28卷，上海书店1989年版，第94页。

[422] 见前第009小节。

[423] 商鞅：《商君书》，第11页。

[424] 韩非：《韩非子》，第37页。

[425] 吕不韦：《吕氏春秋》，第173页。

[426] 《晏子春秋》，第12页。

[427] 商鞅：《商君书》，第33页。

[428] 布迪、莫里斯：《中华帝国的法律》，第13页。

[429] 张晋藩、曾宪义：《人治与法治的历史剖析》，载《法治与人治问题讨论集》，群众出版社1980年版，第218页。

[430] 张国华：《略论春秋战国时期的"法治"与"人治"》，载《法治与人治问题讨论集》，群众出版社1980年版，第237页。

[431] 见前第014小节。

[432] 《管子》，第147页。

[433] 王符：《潜夫论》，第282页。

[434] 王符：《潜夫论》，第282页。

[435] 韩非：《韩非子》，第142页。

[436] 《管子》，第145页。

[437] 见司马迁：《史记》，第3153页。

[438] 《管子》，第11页。

[439] 韩非：《韩非子》，第14页。

[440] 吕不韦：《吕氏春秋》，第221页。

[441] 葛洪：《抱朴子》，中华书局1954年版，第124页。

[442] 刘安等编著：《淮南子》，第205页。

[443] 慎到：《慎子》，第2页。

[444] 慎到：《慎子》，第2页。

[445] 慎到：《慎子》，第6页。

[446] 慎到：《慎子》，第2—3页。

[447] 见前第014小节。

[448] 韩非：《韩非子》，第156页。

[449] 韩非：《韩非子》，第166页。

[450] 亚里士多德：《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆1983年版，第163页。

[451] 亚里士多德：《政治学》，第169页。

[452] 班固：《汉书》，第1102页。

[453] 班固：《汉书》，第1102页。

[454] 商鞅：《商君书》，第7页。

[455] 商鞅：《商君书》，第8页。

[456] 韩非：《韩非子》，第91页。

[457] 韩非：《韩非子》，第91页。

[458] 公孙龙：《公孙龙子》，逄行珪、谢希深、陶弘景注，上海古籍出版社2001年版，第7页。

[459] 韩非：《韩非子》，第89页。

[460] 韩非：《韩非子》，第92页。★★★《韩非子》说：“虞庆之言，皆文辩辞胜而反事之情……虞庆者，为虚辞，其无用而胜；实事，其无易而穷也。人主多无用之辩，而少无易之言，此所以乱也。”▲▲▲韩非：《韩非子》，第92页。

[461] 陈独秀：《独秀文存》，亚东图书馆1922年版，第64—65页。

[462] 韩非：《韩非子》，第91页。

[463] 韩非：《韩非子》，第91页。

[464] 慎到：《慎子·逸文》，第7页。

[465] 《管子》，第56—57页。

[466] 韩非：《韩非子》，第154页。

[467] 韩非：《韩非子》，第136页。

[468] 吕不韦：《吕氏春秋》，第151页。

[469] 吕不韦：《吕氏春秋》，第150页。

[470] 冯友兰：《中国哲学史（下册）》，中华书局1984年版，第98—99页。

[471] 见韩非：《韩非子》，第95页。

[472] 韩非：《韩非子》，第110—111页。

[473] 韩非：《韩非子》，第109页。

[474] 韩非：《韩非子》，第109页。

[475] 韩非：《韩非子》，第109页。

[476] 韩非：《韩非子》，第131页。

[477] 韩非：《韩非子》，第137页。

[478] 韩非：《韩非子》，第137页。

[479] 慎到：《慎子》，第3—4页。

[480] 申不害：《申子》，学苑音像出版社2004年版，第1页。

[481] 吕不韦：《吕氏春秋》，第147页。

[482] 申不害：《申子》，第1页。

[483] 申不害语，见吕不韦：《吕氏春秋》，第144页。

[484] 王符：《潜夫论》，第429页。

[485] 韩非：《韩非子》，第138页。

[486] 韩非：《韩非子》，第58页。

[487] 韩非：《韩非子》，第58页。

[488] 韩非：《韩非子》，第58页。

[489] 韩非：《韩非子》，第70页。

[490] 荀况：《荀子》，第63页。

[491] 荀况：《荀子》，第91页。

[492] 荀况：《荀子》，第100页。

[493] 庄周：《庄子》，第101—102页。

[494] 韩非：《韩非子》，第147页。

[495] 见前第002、019小节。

[496] 慎到：《慎子》，第1页。

[497] 慎到：《慎子》，第1—2页。

[498] 慎子语，见韩非：《韩非子》，第134页。

[499] 慎子语，见韩非：《韩非子》，第134页。

[500] 尹文：《尹文子》，第1页。

[501] 韩非：《韩非子》，第135页。

[502] 孙国华等：《法理学教程》，第50页。

[503] 沈宗灵等：《法理学》，第34页。

[504] 阿奎那：《阿奎那政治著作选》，马清槐译，商务印书馆1982年版，第121页。

[505] John Austin，*The Province of Jurisprudence Determined* .ed.Wilfrid E.Rumble.New York：Cambridge University Press，1995，p.24.

[506] 荀况：《荀子》，第18页。

[507] 《管子》，第145页。

[508] 韩非：《韩非子》，第156页。

[509] 商鞅：《商君书》，第43页。

[510] 商鞅：《商君书》，第43页。

[511] 张伟仁：《清代的法学教育》，载贺卫方编：《中国法律教育之路》，中国政法大学出版社1997年版，第244页。

[512] 张伟仁：《清代的法学教育》，载《中国法律教育之路》，第238页。

[513] 刘歆：《邓析子·序》，载邓析：《邓析子》，仲长统校定，陆佃解，上海古籍出版社1990年版，第1页。

[514] 吕不韦：《吕氏春秋》，第157—158页。

[515] 荀况：《荀子》，第29页。

[516] 吕不韦：《吕氏春秋》，第157页。

[517] 吕不韦：《吕氏春秋》，第157页。

[518] 伯尔曼：《法律与革命》，贺卫方、高鸿钧、张志铭、夏勇译，中国大百科全书出版社1993年版，第9—10页。

[519] 《春秋左传正义》，第967页；吕不韦：《吕氏春秋》，第158页；《列子》，第71页。

[520] 祝庆祺、鲍书芸：《刑案汇览》，第1842—1843页。

[521] 布迪、莫里斯：《中华帝国的法律》，第336页。

[522] 采蘅子：《虫鸣漫录》，新文化书社1934年版，第12页。

[523] 采蘅子：《虫鸣漫录》，第12页。

[524] 苏力：《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社1996年版，第53页。

[525] 见前第008小节。

[526] 孔安国：《尚书正义》，第709页。

[527] 见前第007小节。

[528] 孔安国：《尚书正义》，第710页。

[529] 见前第030小节。

[530] 《论语注疏》，第2507页。

[531] 《孟子注疏》，第370—371页。

[532] 《孟子注疏》，第156页。

[533] 《孟子注疏》，第178页。

[534] 《礼记》，第460页。

[535] 《孟子注疏》，第244页。

[536] 《礼记》，第55页。

[537] 费孝通：《乡土中国》，第25页。

[538] 《礼记》，第813页。

[539] 《孟子注疏》，第200页。

[540] 《论语注疏》，第2486页。

[541] 《礼记》，第456页。

[542] 司马迁：《史记》，《太史公自序》，第3291页。

[543] 瞿同祖：《中国法律与中国社会》，第285—286页。

[544] 柏拉图：《游叙塞弗伦·苏格拉底的审判·克力同》，严群译，商务印书馆1983年版，第14—15页。

[545] 韩非：《韩非子》，第155页。

[546] 韩非：《韩非子》，第155页。

[547] 韩非：《韩非子》，第155页。

[548] 商鞅：《商君书》，第15页。

[549] 慎到：《慎子·逸文》，第13页。

[550] 吕不韦：《吕氏春秋》，第167页。

[551] 吕不韦：《吕氏春秋》，第167页。

[552] 许慎：《说文解字》，第64页。

[553] 瞿同祖：《中国法律与中国社会》，第6页。

[554] 孔子语，见《礼记》，第683页。

[555] 董仲舒：《春秋繁露》，卢文弨校，上海古籍出版社1989年版，第73页。

[556] 班固：《白虎通义》，上海古籍出版社1992年版，第50页。

[557] 蔡元培：《中国伦理学史》，第7页。

[558] 荀况：《荀子》，第81页。

[559] 瞿同祖：《中国法律与中国社会》，第15页。

[560] 费孝通：《乡土中国》，第72页。

[561] 陈顾远：《中国法制史》，第一编总论，第69页。

[562] 梁漱溟：《梁漱溟全集（第1卷）》，第659页。

[563] 祝庆祺、鲍书芸：《刑案汇览》，第1543页。

[564] 朱熹：《晦庵先生朱文公文集（第6卷）》，第2页。

[565] 海瑞：《海瑞集》，陈义钟编校，中华书局1962年版，第117页。

[566] 费孝通：《乡土中国》，第68—69页。

[567] 《礼记》，第287页。

[568] 《礼记》，第290页。

[569] 费正清、赖肖尔：《中国：传统与变革》，陈仲丹译，江苏人民出版社1992年版，第263页。

[570] 陈顾远：《中国法制史》，第一编总论，载《民国丛书》第一编第28卷，上海书店1989年版，第63页。

[571] 瞿同祖：《中国法律与中国社会》，第26—27页。

[572] 贾谊：《新书》，上海古籍出版社1989年版，第44页。

[573] 班固：《白虎通义》，第17页。

[574] 邱浚：《大学衍义补》，第385页。

[575] 费孝通：《乡土中国》，第5页。

[576] 《礼记》，第502页。

[577] 《礼记》，第500页。

[578] 《礼记》，第657页。

[579] 《春秋左传正义》，第888页

[580] 《礼记》，第297页。

[581] 孔子语，见《礼记》，第656页。

[582] 荀况：《荀子》，第10页。

[583] 荀况：《荀子》，第36页。

[584] 《礼记》，第143页。

[585] 《礼记》，第143页。

[586] 布迪、莫里斯：《中华帝国的法律》，第15页。

[587] 《礼记》，第667页。

[588] 布迪、莫里斯：《中华帝国的法律》，第15页。

[589] 孔子语，见《礼记》，第669页。

[590] 《论语注疏》，第2503页。

[591] 《孟子注疏》，第319—320页。

[592] 《论语注疏》，第2504页。

[593] 吴炽昌：《续客窗闲话》，第183—184页。

[594] 梁漱溟：《梁漱溟全集（第1卷）》，第656页。

[595] 贾谊：《新书》，第44页。

[596] 班固：《汉书》，第2615页。

[597] 瞿同祖：《中国法律与中国社会》，第25页。

[598] 见前第018小节。

[599] 《春秋左传正义》，第751页。

[600] 《春秋左传正义》，第751页。

[601] 《礼记》，第738页。

[602] 《礼记》，第820页。

[603] 荀况：《荀子》，第8页。

[604] 班固：《汉书》，第2502页。

[605] 董仲舒：《春秋繁露》，第69页。

[606] 长孙无忌等：《唐律疏议》，第94—95页。

[607] 班固：《汉书》，第2630页。

[608] 陈寅恪：《审查报告三》，载冯友兰：《中国哲学史（下册）》，中华书局1984年版，第2—3页。

[609] 梁启超：《先秦政治思想史》，第91页。

[610] Eugen Ehrlich，*Fundamental Principles of the Sociology of Law* .trans.W.L.Moll，Cambridge：Harvard University Press，1936，p.497.

[611] Ehrlich，*Fundamental Principles of the Sociology of Law* ，pp.10-11.

[612] 见前第009小节。

[613] 费孝通：《乡土中国》，第2页。

[614] 苏力：《法治及其本土资源》，第43页。

[615] 刘安等编著：《淮南子》，第177页。

[616] 苏力：《法治及其本土资源》，第45页。

[617] 苏力：《法治及其本土资源》，第44—45页。

[618] 苏力：《法治及其本土资源》，第44页。

[619] 费孝通：《乡土中国》，第8页。

[620] 费孝通：《乡土中国》，第8—9页。

[621] 苏力：《法治及其本土资源》，第46页。

[622] 苏力：《法治及其本土资源》，第46页。

[623] 苏力：《法治及其本土资源》，第61—62页。

[624] 梁治平：《清代习惯法：社会与国家》，第58页。

[625] 梁治平：《清代习惯法：社会与国家》，第55页。

[626] 苏力：《法治及其本土资源》，第62—63页。

[627] 沈家本：《寄簃文存》，收于刘俊文编、北京爱如生文化交流有限公司制作：《中国基本古籍库》，黄山书社2002年版，第174—175页。

[628] 苏力：《法治及其本土资源》，第63页。

[629] 苏力：《法治及其本土资源》，第63页。

[630] 梁漱溟：《梁漱溟全集（第1卷）》，第657页。

[631] 梁治平：《清代习惯法：社会与国家》，第36页。

[632] 苏力：《法治及其本土资源》，第51页。

[633] 见前第036小节至042小节。

[634] 尹文：《尹文子》，第2页。

[635] 尹文：《尹文子》，第10页。

[636] 尹文：《尹文子》，第10页。

[637] 尹文：《尹文子》，第10页。

[638] 尹文：《尹文子》，第2页。

[639] 《管子》，第168页。

[640] 《论语注疏》，第2506页。

[641] 董仲舒：《春秋繁露》，第60页。

[642] 梁启超：《先秦政治思想史》，第172页。

[643] 荀况：《荀子》，第131页。

[644] 吕不韦：《吕氏春秋》，第139页。

[645] 《孟子注疏》，第53页。

[646] 刘安等编著：《淮南子》，第191页。

[647] 荀况：《荀子》，第70页。

[648] 荀况：《荀子》，第44页。

[649] 荀况：《荀子》，第68页。

[650] 《孟子注疏》，第185页。

[651] 桓宽：《盐铁论》，第26页。

[652] 王安石：《王临川集》，商务印书馆1936年版，第68—69页。

[653] 孙国华：《"法治"的提法不要"人治"，值得商榷》，载《法治与人治问题讨论集》，群众出版社1980年版，第295页。

[654] 商鞅：《商君书》，第16页。

[655] 见前第041小节。

[656] 申不害语，见韩非：《韩非子》，第137页。

[657] 《孟子注疏》，第116页。

[658] 刘安等编著：《淮南子》，第89页。

[659] 见房玄龄等：《晋书》，第936页。

[660] 沈家本：《酌拟法院编制法缮单呈览折》，载故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》，中华书局1979年版，第825页。

[661] 严复：《法意》（卷19案语），商务印书馆1981年版，第419页。

[662] 马建忠：《适可斋记言记行》，中华书局1960年版，第28—29页。

[663] 沈家本：《历代刑法考》，第1962页。

[664] 洛克：《政府论》（下篇），第56页。

[665] 《孟子注疏》，第185页。

[666] 《春秋左传正义》，第915页。

[667] 司马迁：《史记》，第3102—3103页。

[668] 范晔、司马彪：《后汉书》，第2489—2490页。

[669] 魏徵、令狐德棻：《隋书》，中华书局1973年版，第1318页。

[670] 荀况：《荀子》，第8页。

[671] 荀况：《荀子》，第99页。

[672] 梁漱溟：《梁漱溟全集（第4卷）》，第49页。

[673] 《礼记》，第796页。

[674] Jerome Frank，*Court on Trial：Myth and Reality in American Justice*.Princeton：Princeton University Press，1949，pp.411-412.

[675] 韩非：《韩非子》，第96页。

[676] 韩非：《韩非子》，第135页。

[677] 商鞅：《商君书》，第33页。

[678] 韩非：《韩非子》，第136页。

[679] 见前第059、060小节。

[680] 荀况：《荀子》，第28页。

[681] 孔安国：《尚书正义》，第145页。

[682] 王充：《论衡》，第171页。

[683] 《论语注疏》，第2506页。

[684] 荀况：《荀子》，第45页。

[685] 孟德斯鸠：《论法的精神》，第154页。

[686] 王符：《潜夫论》，第88页。

[687] 王符：《潜夫论》，第91页。

[688] 《晏子春秋》，第35页。

[689] 《论语注疏》，第2509页。

[690] 庄周：《庄子》，第130页。

[691] 毛祥麟：《墨余录》，毕万忱点校，上海古籍出版社1985年版，第28页。

[692] 荀况：《荀子》，第76页。

[693] 《论语注疏》，第2522页。

[694] 《论语注疏》，第2506页。

[695] 《论语注疏》，第2506页。

[696] 《春秋左传正义》，第555页。

[697] 上海师范大学古籍整理组校点：《国语》，上海古籍出版社1978年版，第151页。

[698] 墨翟：《墨子》，第28—29页。

[699] 《孟子注疏》，第145页。

[700] 《孟子注疏》，第143—145页。

[701] 荀况：《荀子》，第34页。

[702] 梁漱溟：《梁漱溟全集（第1卷）》，第661页。

[703] 梁漱溟：《梁漱溟全集（第1卷）》，第660页。

[704] 布迪、莫里斯：《中华帝国的法律》，第176页。

[705] 梁漱溟：《梁漱溟全集（第4卷）》，第887页。

[706] 梁漱溟：《梁漱溟全集（第1卷）》，第618页。

[707] 范晔、司马彪：《后汉书》，第148页。

[708] 范晔、司马彪：《后汉书》，第146页。

[709] 长孙无忌等：《唐律疏议》，第571页。

[710] 张廷玉等：《明史》，中华书局1974年版，第2307页。

[711] 吕不韦：《吕氏春秋》，第10页。

[712] 吕不韦：《吕氏春秋》，第17页。

[713] 吕不韦：《吕氏春秋》，第33页。

[714] 吕不韦：《吕氏春秋》，第53页。

[715] 吕不韦：《吕氏春秋》，第53页。

[716] 吕不韦：《吕氏春秋》，第59页。

[717] 吕不韦：《吕氏春秋》，第66页。

[718] 刘安等编著：《淮南子》，第32页。

[719] 刘安等编著：《淮南子》，第49页。

[720] 刘安等编著：《淮南子》，第51页。

[721] 董仲舒：《春秋繁露》，第74页。

[722] 董仲舒：《春秋繁露》，第68页。

[723] 贤良文学语，见桓宽：《盐铁论》，第43页。

[724] 孟德斯鸠：《论法的精神》，第232页。

[725] 孟德斯鸠：《论法的精神》，第233页。

[726] 柳宗元：《柳河东集》，第56—57页。

[727] 柳宗元：《柳河东集》，第57页。

[728] 《列子》，第58页。

[729] 《列子》，第58页。

[730] 刘安等编著：《淮南子》，第42页。

[731] 刘安等编著：《淮南子》，第58页。

[732] 刘安等编著：《淮南子》，第59页。

[733] 刘安等编著：《淮南子》，第59页。

[734] 刘安等编著：《淮南子》，第59页。

[735] 布迪、莫里斯：《中华帝国的法律》，第32页。

[736] 《周易注疏》，孔颖达疏，中华书局1998年版，第99页。

[737] 董仲舒：《春秋繁露》，第74页。

[738] 长孙无忌等：《唐律疏议》，第4页。

[739] 布迪、莫里斯：《中华帝国的法律》，第31页。

[740] 吕不韦：《吕氏春秋》，第1★★★吕不韦：《吕氏春秋》，第127页。

[741] 《吕氏春秋》还讲了一个传说："有过于江上者，见人方引婴儿而欲投之江中，婴儿啼，人问其故，曰：'此其父善游。'"2《吕氏春秋》接着议论：父亲是游泳好手，难道幼小儿女就会游泳？在记录这个"渡河"故事和"游泳"传说的两段文字之间，《吕氏春秋》叙述的就是"刻舟求剑"。"渡河标记"和"刻舟求剑"的故事是一类隐喻。借此隐喻，《吕氏春秋》进而提出了一些理论理由来强调制定法律不应效法旧法。它讲，第一，以往的法律即使是圣人"雕琢"出来的，经过不少时日也会被人"画蛇添足"或者恣意剪裁，以至留到今日不可能是原样了，"先人之法……人或益之，人或损之"

[742] 吕不韦：《吕氏春秋》，第126页。

[743] 吕不韦：《吕氏春秋》，第126页。

[744] 吕不韦：《吕氏春秋》，第126页。

[745] 刘安等编著：《淮南子》，第136页。

[746] 参见前第081小节。

[747] 刘安等编著：《淮南子》，第136页。

[748] 丘汉平：《法律教育与现代》，载《法律教育》，孙晓楼著，王健编，中国政法大学出版社1997年版，第148页。

[749] 吴经熊：《吴序》，载《法律教育》，孙晓楼著，王健编，中国政法大学出版社1997年版，第4页。

[750] 韩非：《韩非子》，第153页。

[751] 商鞅：《商君书》，第1—2页。

[752] 韩非：《韩非子》，第44页。

[753] 刘安等编著：《淮南子》，第116页。

[754] 尹文：《尹文子》，第5页。

[755] 商鞅：《商君书》，第13页。

[756] 商鞅：《商君书》，第39页。

[757] 韩非：《韩非子》，第165页。

[758] 梁启超：《饮冰室合集》，中华书局1989年版，第8页。

[759] 梁启超：《饮冰室合集》，第7—8页。

[760] 严复：《严复集》，中华书局1986年版，第40页。

[761] 康有为：《孟子微》，楼宇烈整理，中华书局1987年版，第72页。

[762] 陈序经：《中国文化的出路》，中国人民大学出版社2004年版，第86页。

[763] 商鞅：《商君书》，第14页。

[764] 张廷玉等：《明史》，第5643—5650页。

[765] 黄仁宇：《万历十五年》，第68—69页。

[766] 黄仁宇：《万历十五年》，第69—70页。

[767] 韩非：《韩非子》，第116—117页。

[768] 黄仁宇：《万历十五年》，第71页。

[769] 胡适：《胡适文存》，北京大学出版社1998年版，第323页。

[770] 胡适：《胡适文存》，第26页。

[771] 《管子》，第179页。

[772] 康有为：《大同书》，上海古籍出版社2005年版，第6页。

[773] 黄仁宇：《万历十五年》，第68页。

[774] 杨幼炯：《近代中国立法史·自序》，载《民国丛书》第一编第29卷，上海书店1989年版，第1页。

[775] 康有为：《康有为政论集》，汤志钧编，中华书局1998年版，第214页。

[776] 康有为：《康有为政论集》，第262页。

[777] 康有为：《康有为政论集》，第339页。

[778] 谭嗣同：《谭嗣同全集》，三联书店1954年版，第96页。

[779] 严复译：《法意》（卷15案语），第335页。

[780] 沈宗灵等：《法理学》，第93页。

[781] 沈宗灵等：《法理学》，第93页。

[782] 沈宗灵等：《法理学》，第93—94页。

[783] 罗迪埃：《比较法导论》，徐百康译，上海译文出版社1989年版，第10页。

[784] 韩非：《韩非子》，第34页。

[785] 韩非：《韩非子》，第34页。

[786] 《论语注疏》，第2535页。

[787] 《孟子注疏》，第198页。

[788] 慎到：《慎子·逸文》，第12页。

[789] 《管子》，第185页。

[790] 商鞅：《商君书》，第14页。

[791] 瞿同祖：《中国法律与中国社会》，第1页。

[792] 《礼记》，第178页。

[793] 瞿同祖：《中国法律与中国社会》，“导论”。

[794] 孙晓楼：《法律教育》，第46页。

[795] 瞿同祖：《中国法律与中国社会》，“导论”。

[796] 梁漱溟：《梁漱溟全集（第4卷）》，第826页。

[797] 荀况：《荀子》，第103页。

[798] 《礼记》，第298页。

[799] 《礼记》，第315页。

[800] 《礼记》，第502页。

[801] 梁漱溟：《梁漱溟全集（第1卷）》，第658页。

[802] 梁漱溟：《梁漱溟全集（第1卷）》，第657—659页。

[803] 杨幼炯：《近代中国立法史·自序》，第1页。

[804] 孙晓楼：《法律教育》，第17页。

[805] 梁漱溟：《梁漱溟全集（第1卷）》，第648页。

[806] 费孝通：《乡土中国》，第1页。

[807] 见前第096小节。

[808] 纪昀：《阅微草堂笔记》，吉林文史出版社1997年版，第255—256页。

[809] 纪昀：《阅微草堂笔记》，第256页。

[810] 费孝通：《乡土中国》，第58页。

[811] 费孝通：《乡土中国》，第58页。

[812] 费孝通：《乡土中国》，第58页。

[813] 苏力：《法治及其本土资源》，第29页。

[814] 苏力：《法治及其本土资源》，第29—30页。

[815] 苏力：《法治及其本土资源》，第30页。

[816] 庄周：《庄子》，第79页。

[817] 刘安等编著：《淮南子》，第140页。

[818] 梁漱溟：《梁漱溟全集（第1卷）》，第656页。

[819] 梁漱溟：《梁漱溟全集（第1卷）》，第656页。

[820] 梁漱溟：《梁漱溟全集（第1卷）》，第706页。

[821] 梁漱溟：《梁漱溟全集（第1卷）》，第704页。

[822] 梁漱溟：《梁漱溟全集（第1卷）》，第700—701页。

[823] 苏力：《法治及其本土资源》，第28—29页。

[824] 见前第032小节和第073小节。

[825] 费孝通：《乡土中国》，第5页。

[826] 费孝通：《乡土中国》，第2页。

[827] 费孝通：《乡土中国》，第4页。

[828] 费孝通：《乡土中国》，第6页。

[829] 费孝通：《乡土中国》，第75页。

[830] 司马迁：《史记》，《太史公自序》，第3291页。

[831] 费孝通：《乡土中国》，第58—59页。

[832] 参见费孝通：《乡土中国》，第76页。

[833] 王铭铭：《村落视野中的家族、国家与社会——福建美法村的社区史》，载王铭铭、王斯福主编：《乡土社会的秩序、公正与权威》，第48页。

[834] 《礼记》，第457页。

[835] 王铭铭：《村落视野中的家族、国家与社会——福建美法村的社区史》，载王铭铭、王斯福主编：《乡土社会的秩序、公正与权威》，第29—77页。

[836] 罗振玉：《王忠悫公别传》，载袁光英、刘寅生编著：《王国维年谱长编》，天津人民出版社1996年版，第518页。

[837] 荀况：《荀子》，第67页。

[838] 荀况：《荀子》，第125页。

[839] 沈家本：《历代刑法考》，第315页。

[840] 《孟子注疏》，第175—176页。

[841] 见前第087小节。

[842] 梁启超：《饮冰室合集》，第8页。

[843] 梁启超：《饮冰室合集》，第134页。

[844] 梁启超：《饮冰室合集》，第134页。

[845] 老子：《老子》，第15页。

[846] 韩非：《韩非子》，第50、51页。

[847] 韩非：《韩非子》，第50页。

[848] 老子：《老子》，第14页。

[849] 见前第093小节。

[850] 袁枢：《通鉴记事本末》，改革出版社1994年版，第2663页。

[851] 《管子》，第56页。

[852] 《管子》，第148页。

[853] 沈家本：《历代刑法考》，第2223页。

[854] 《大清光绪新法令》，考正出版社1962年版，第1985页。

[855] 故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》，第858页。

[856] 张之洞：《劝学篇》，李忠兴评注，中州古籍出版社1998年版，第133页。

[857] 《礼记》，第457页。

[858] 故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》，第834—835页。

[859] 见前第093、096小节。

[860] 见前第104小节。

[861] 费孝通：《乡土中国》，第86页。

[862] 孙国华等：《法理学教程》，第138页。

[863] 孙国华等：《法理学教程》，第139页。

[864] 朱景文：《比较法导论》，中国检察出版社1992年版，第171页。

[865] 见前第110小节。

[866] 金岳霖：《审查报告二》，载冯友兰《中国哲学史（下册）》，第1页。

西方法律思想

传说与学说

刘星 著

增订版

GUANGXI NORMAL UNIVERSITY PRESS
广西师范大学出版社

版权信息

图书在版编目（CIP）数据

西方法律思想：传说与学说 / 刘星著．—增订本．— 桂林：广西师范大学出版社，2019.6 ISBN 978-7-5598-1790-7

I．①西… II．①刘… III．①法律- 思想史- 研 究- 西方国家IV．①D909.5

中国版本图书馆CIP 数据核字（2019）第095560 号

广西师范大学出版社出版发行（ 广西桂林市中华路22号 邮政编码：541001 ）

出版人：张艺兵

全国新华书店经销

开本：880 mm × 1 240 mm 1/32

印张：15.125 字数：310 千字

2019 年6 月第1 版2019 年6 月第1 次印刷

定价：90. 00 元

目录

版权信息
增订版序
修订序言
序 言
引言：西方法律思想的出发点
001 苏格拉底审判
002 一种常识的看法
003 观察法律的不同视角：你、我、他… …
小 结
第一章 “政治学”的透视
004 诡辩者如是说：强者的利益
005 政治契约
006 法律的文字与立法者的意图
007 法律命令说的思考起点
008 命令、义务、制裁和主权者
009 立法者自我恐吓的难题·立法约束
010 权力和权利
011 法律强制说
012 困扰法律强制说的一个对比：主权者和强暴者
013 法律整体上的强制性
014 国家的“包装”
015 普遍性的白纸黑字规则·特殊情况
小 结
第二章 “社会学”的观察
016 有争议的案件：里格斯诉帕尔玛
017 霍德利主教的名言：重要的是解释者
018 法院判决的最终效力

019 规则和具体判决
020 “法律顾问”和坏人的习惯：预测
021 好人·法官·预测
022 法律=具体判决
023 从“规则的解释”走向“社会学的观察”
024 国家法的实际作用
025 国家法底层的或者旁边的民间规则
026 “活的法律”
027 “活的法律”与“国家法律”的冲突
028 怎样区别法律和其他社会规则？
029 “合法”与“非法”的用词习惯
030 确定“活的法律”的困难
031 开辟新的思路：认识“好人”
032 好人的态度·义务
033 法律的独特要素
034 观察行动和观察态度
035 法律中的行动与行动中的法律
小结
第三章 “规范学”的假设
036 用“规范”的概念替换法律背后的“意志”
037 意志·默认·认可
038 追踪法律的最终效力·询问义务的来源
039 “规范”面面观
040 “假设”的理由
041 “应当”与“是”
042 效力的“原因”和“条件”
043 对图伦兹的社会组织式强制·“应当”
小结
第四章 “解释学”的解释
044 语词的通常用法

045 “实证”的策略：寻找法律的“出处”
046 观察者的“目的”
047 具体法律背后的潜在原则
048 帕尔玛案里的“理论争论”
049 对具体判决结果没有争议的案件
050 法律在解释中完成
051 内在参与者的“看法”
小结
第五章 两种法律秩序
052 希腊悲剧《安提戈涅》
053 高一级的法律与低一级的法律
054 人制定的法律和神制定的法律
055 违反克瑞翁法令的权利
小结
第六章 自然法、自然权利和社会契约
056 自然法 =判断事物的理性
057 维多利亚的传说——自然权利
058 社会契约的一种描述·人法的目的
059 对抗人法的理由
小结
第七章 自然法、自然权利和社会契约的另外一种解释
060 自然法和自然权利 =自利自爱
061 交出全部权利的社会契约
062 顺从人法的理由
小结
第八章 坏的法律不是法律
063 纳粹的恶法
064 法律的内容和形式的好坏
065 “恶法非法”一说的理论困境
066 “恶法非法”一说的实践困境

小结
第九章 坏的法律也是法律
067 解释者和评论者
068 法律改革·“痛苦”选择·法官的职责
069 “法律实际是什么”与“法律应当是什么”在事实上和概念上的联系
070 安提戈涅·“恶法亦法”·“恶法非法”
071 “恶法亦法”一说的理论困境·社会角色·利益关系
072 “恶法亦法”一说的实践困境·法律专制
073 选择“邪恶”
小结
第十章 道德的法律强制
074 沃尔芬登报告
075 道德的法律强制
076 德弗林的“标准”
小结
第十一章 划清法律与道德
077 基本善恶的道德和“日常争议”的道德
078 “康德定理”
079 法律强制本身的道德问题
080 支持德弗林还是哈特？
小结
第十二章 法律的价值选择问题
081 问题的引出
082 秩序优先
083 安提戈涅悲剧和苏格拉底困境的另外一种解释
小结
第十三章 哲学王的统治与法律的统治：初次对话
084 法治的含义
085 法律的缺陷：无法实现真正的“相同对待”
086 法律解释的困难

087 “鲍西娅”的智慧
088 完人和绝对真理
089 柏拉图“人治”的问题
090 再论法律的缺陷
091 人性的弱点
092 权力的诱惑与腐蚀
093 法治的要素：普遍的服从和良好的法律
094 一般规则和自由裁量
小结
第十四章 开明专制与权力制约的法治：再次对话
095 开明专制：重温哲学王
096 阿诺德案
097 立法和司法的分开
098 法官的“独立王国”
099 亚里士多德式法治的“背后”
100 孟德斯鸠定理：分权制衡
101 美国人的权力游戏规则
102 游戏规则的临时终点
103 再看一般规则的范围·马歇尔神话
小结
第十五章 第三种声音：民主、公意、法律
104 法治与民主的勾连
105 乡村式的小社会
106 公意
107 法律的政治基础
108 托克维尔的反调：多数人的专制
小结
第十六章 法治的复杂性
109 启蒙观念中的“宏伟法治蓝图”
110 “马车”“手推车”和“脚踏车”

111 亚里士多德的办法
112 原则式的“柔性法治”
113 法律的“目的”·法治
114 “鱼”和“熊掌”
小 结
参引文献
返回总目录

增订版序

关于西方法律思想，近年又出现了不少佳作。总体看，新作不断涌现，资料越来越丰富，视野越来越开阔，而且中国元素的学术辨析意识越来越强劲。如清华大学出版社2015年出版，高鸿钧教授、赵晓力教授主编的《新编西方法律思想史》就是显著例子。但我至今觉得，就域外法律思想而言，侧重资料梳理的编年史著述与侧重史论结合的简洁导论，可以相得益彰，相互发明，对阅读领域均有益。故本书依然有其价值。

增订版又做了些许订正。

本书的写作意图、叙事风格、主题观念，在《修订序言》《序言》中均有交代，请读者参阅。

感谢刘峰先生提议增订版的出版。还要感谢广西师范大学出版社的大力支持。希望本书能使读者持续获得阅读意义。

刘　星

2017年冬于北京

修订序言

对本书的基本设想、思路及叙述策略，原序已有交待。

现强调一点，即本书既可作为知识研习的路径，也可作为思想激发的资源。这意味着，本书不仅是“法律思想史”的，而且是“法理学的”。因为本书非常侧重分析，借助“他者”（西方法律思想）的背景潜入原理的讨论。如今学术行业的一个重要趋势，为融合、借鉴交叉，以求相互发明，而在传统的“史”和“论”之间，越来越多的学术实践则更乐意史论结合，诱发自身的主张阐述。的确，仅有知识交代，或说铺陈资料，似乎“简单”了。

本书添加了副题：传说与学说。其意在凸显作为历史化的故事实践和理论实践之间的互动。在原书中，两类实践已彼此贯穿，使内容成为“立体”，试图促进法律问题的深入理解。同时，在添加副题之际，也望读者不吝赐教，在本书描述的传说和学说中，揭其讹误。

另需说明，这次修订集中于“引文资料”的再次精练，即做些缩减，以期全书叙述更为通畅。“引文”颇为重要，是“思想表达”的证据，不可含糊，但如何更为通畅也需注意，使两者辩证似为恰当。当然，本次缩减肯定没有消灭通过“引文”来深入阅读原著的可能，细心读者依然可以按图索骥。

要感谢法律出版社的刘彦沣博士。她总是支持我的写作，并提出中肯意见。这是难得动力。希望本书，包括系列中的其他书目，能够在“阅读市场”中渐入佳境。

刘　星

2010年3月5日于北京

序　言

对于西方法律思想，国内和国外的许多学者都有著述和分析。就国内而言，大多数学者除了个别的论文叙述之外，在撰写著作的时候，通常是以思想史的方式来操作的。思想史方式的最重要的特点在于以时间顺序作为基本路线，并且以“简要评介”作为基本叙事的补充手段。本书有些不同。第一，本书以问题思路作为线索，来讨论西方法律思想的演变。第二，因为是以问题思路作为线索的，所以不以编年史的方式来安排、分析素材对象。第三，同样是因为以问题思路作为线索，所以在叙述的过程中时常以“夹叙夹议”的方式展开了本书作者的某些讨论，进而具有一些整体理论分析的色彩。当然，这样叙述的目的在于使读者可以较为深入并且以中国的学术理解方式来理解西方法律思想。以这三点作为基础，本书在尽可能地涉及更多的西方法律思想资料的同时，比如从古希腊开始一直到当代，另外特别注意将法律思想的分析讨论融入具体的法律实践活动的分析讨论，使本书呈现为“实践中的理论分析”的表征。以具体的法律实践活动作为叙述平台，有的时候会被理解成为以“例子解释的方式”解释理论。尽管的确如此，然而以融入实践的方式分析、讨论法律思想，其更为重要的目的在于表达这样一个信息：法律理论时常和法律实践不仅是互动的，而且是相互交织的，因而在法律实践中来看法律理论或者法律思想，才能更为恰当准确地理解后者。

本书属于导论。既然是导论，叙述也就不可避免地“有所选择”。这意味着本书不会也不可能全面地分析讨论西方法律思想。严格地来说，没有哪位学者可以全面地分析讨论，因为西方法律思想的内容是浩如烟海的；即使是就其中一个领域，比如以刑法、民法等部门法为

标志的法律思想的对象，也是内容十分庞大的，也是几乎无法全面地分析、讨论的。因此，选择既是明智的，也是无可奈何的。本书分析讨论学界一般认为的“比较重要”的西方法律思想，当然，主要是围绕法理学或说法律哲学而展开的法律思想。

作为导论，本书的另外一个企图在于，不仅讨论“说了什么 ”，而且讨论“为什么这样说 ”。所以如此是因为我们都能理解，知道了“为什么这样说”会是更有意思的、更有启发的、更为具有挑战性的；对于开拓研究、学习的思路也是更为有益的。这就如同看到一个人站在一个位置上，假设仅仅知道他就在这个位置上，而不知道他是从哪里走来的，那么，观看者未免总会有些头绪不清甚至趣味索然的感觉。当知道他是从哪里走来的，而且知道还有另外的路线可以到达同样的位置，显然，观看者就会兴趣大增，就会展开许多有意思的思考和“追寻”，从而进入一种真正的“观看 ”。在这个意义上，本书特别在“为什么这样说”作出了一些努力。当然，这也是上面提到的“增加本书作者的某些讨论，进而具有一些整体理论分析的色彩”的一个具体说明。

本书的基本内容曾经以《西方法学初步》为名由广东人民出版社出版。时隔近十年，发现其中还是存在了许多令人不满意的地方，需要修订。因此，在本书中我做了较大的调整。主要目的是使其在不失学术思索这一特点的同时读来简洁清晰、易懂通畅，当然也使其能够更为学术严谨一些。

在此我首先要特别感谢法律出版社的徐雨衡编辑，她对本书的兴趣使我有足够的动力进行修订，使其进一步地完善。

另外，我要感谢中山大学法学院和国内许多法学院的同学们。每当我讲课、外出讲学、参加各种学术会议的时候，总能发现有同学手持这本书的初版来和我交流，向我提出问题和意见，这使我感动，也

使我深受鼓舞。一本书可以得到同学们的不断阅读，应该是作为教师的学者的极大欣慰的一件事情。

最后补充一句：希望本书能够“开卷有益”。

刘　星

2007年春于广州康乐园

引言：西方法律思想的出发点

001　苏格拉底审判

首先“阅读”一个故事：苏格拉底审判。

在西方文化中，此故事多指向、多意蕴，富有历史隐喻，既可“阅读”为妙趣横生的人物传记，也可“阅读”为机智乖巧的论辩记载，还可“阅读”为雅典民主的批判反思。如对法律的学理兴致盎然，又可“阅读”为法律制度的哲学阐释……

苏格拉底，古希腊贤哲，但相貌似乎有些令人感到遗憾，据说鼻子偏扁，肚皮略大。[1]此人向来意志坚强，且性格倔强。最为令历史学家和哲学家感兴趣的是，苏格拉底尤其喜好运用“辩证法”将那些自认为学富五车的人解构得无地自容。这种辩证法，与当下我们所知道的极为不同，大致可以分为两个部分——“讥讽”和“助产术”。它是一种不留情面，进而使人尴尬的辩论技术。具体而言，首先向对方请教学问，好像自己是一无所知的，然后，通过一问一答的方式逐渐使对方出现前后矛盾的解说，以达到“讥讽”

的目的。接下来则是提问者直截了当地告诉对方：“其实你并不懂，还是我来解释吧！当然学问是在你心里的，只是由于你无法想起来便需要我来帮助你回忆，就像帮助你生孩子一样。”这样就开始了“助产”。传说苏格拉底的母亲是一个助产婆，也许苏格拉底正是从其母亲的助产生涯中得到了这样的灵感。此等“辩证法”，在苏格拉底的手中，的确是游刃有余的，但是也因此，苏格拉底得罪了那些被“讥讽助产”的“知识霸权”的人物。

此外，不知是秉性还是激情的缘故，能言善辩的苏格拉底还特别热衷于对现实的社会事务冷嘲热讽，或者讲述城邦的政治法律陈腐愚昧，或者讲述百姓的道德宗教江河日下，只要认为是流弊之处，便毫不客气地一一指摘。比如，对雅典人用豆子拈阄的方式选择领导人的做法，苏格拉底就说那是再愚蠢不过的举措了：

没有人愿意用豆子拈阄的办法来雇佣一个舵手或建筑师或奏笛子的人……而在这些事情上做错了的话，其危害是要比在管理国务方面发生错误轻得多。[2]

也许，大凡思想者都喜欢以“批评”为能事。可惜的是，古雅典公民的“容忍涵养”就像苏格拉底的相貌一样令人感到遗憾。公元前403年，当纯粹的民主政体在雅典确立的时候，民众无不为此雀跃欢呼；他们尤为相信，这是完美无缺的不能怀疑的政治设计，不能放任他人危言耸听。“牛虻”式的苏格拉底执意要发表批评的意见，自然容易招惹反感和拒斥。

公元前399年，苏格拉底70岁。就在那年的春天，三个雅典人——迈雷托士、赖垦和安匿托士控告苏格拉底犯下两条罪状：

（1）渎神；（2）腐化和误导青年。[3]迈雷托士是诗人，赖垦是修辞学家，而安匿托士是政治活跃分子。这场官司由迈雷托士“明火执仗”，赖垦旁敲侧击，安匿托士暗中怂恿。这三个人都是饱尝“辩证法”之苦的社会名流。当时雅典法律是这样规定的：“对一切不相信现存宗教者和神事不同见解者，治罪惩罚。”法律是在伯里克利时代通过的，由教士奥菲斯特提议并且由公民投票表决。三个人正是运用这张“白纸黑字”的规定，状告苏格拉底。

雅典的程序法是十分有趣的。一方面，法庭的“法官”人数居然可以达到6000人之多，由公民抽签选出。那个时候的雅典共有10个族，

而每个族可以选出600人。雅典人认为这是非常令人满意的“法律审判民主”，一切权力无一例外地落入了大众手里。[4]当然，每次审判并不一定非要6000人，苏格拉底的审判就仅有501人。[5]另一方面，定案的依据是原告的控诉和被告的申辩。“法官”在开庭前，绝对不会做任何的调查核实；如此，不善辞令的人自然容易在诉讼中失败。这倒真像今天英语国家的“诉辩对抗制”，在这种制度中，法官总是坐在中间位置察言观色，而原告和被告尤其是双方重金聘请的律师则是尽力“表演”，担当着提出证据辩论“法例”的庭上主角。

针对迈雷托士的诉状，苏格拉底做了三点具体答辩。

第一，他问迈雷托士：你说我腐化和误导青年，那么谁能引导青年走上正确的道路？迈雷托士说：除你之外其他一切懂得法律的人。苏格拉底反驳道：依照你这样的回答，就知道你对青年是漠不关心的，而且，对控告我的事实也是毫不了解的。因为，这就如同认为除一个人之外所有人都可以像马术师一样有益地训练幼马，太荒谬了！[6]教育就像马术一样，是一门技艺，并不是除一个人之外所有人都可以学会的。非要这么说便等于是认为除一个人之外所有人都可以掌握马术，这是绝顶的笑话。如此只能认为，并非除苏格拉底之外一切人都对青年是有益的。

这个答辩与证据的认识存在着联系。苏格拉底的言外之意是讲：要想控告他人，起码应该清楚地了解所有事实，否则就是别有用心。

第二，他问迈雷托士：你说，我腐化和误导青年是有意的还是无意的？迈雷托士不假思索地回答：当然是有意的。苏格拉底讥讽道：谁都明白和坏人接触是有害的，如果将自己接近的人引诱变成了坏人，自己岂不是情愿地接触这类坏人而受到伤害？明白这个道理的人还去这样做，精神显然是不正常的，不正常的人怎么会是有意的？[7]

这段答辩与法理的分析存在着联系。苏格拉底的意思在于说明：法律上的“渎神”和“腐化误导青年”的犯罪一定要有“犯意”，精神不正常的人怎么可能会有“犯意”？没有“犯意”怎么能定为“渎神”罪和“腐化误导青年”罪？不论苏格拉底说的是否有道理，迈雷托士当时的确无从应对。

第三，他问迈雷托士：你说我不信城邦的宗教，这是说我是有神论者还是无神论者？迈雷托士说：当然是无神论者，所以要向你问罪处罚。苏格拉底又说：可是你还指责我引进新神并且因此控告我腐化误导青年，这不是在讲我是有神论者又是什么？！[8]

这个答辩同样与法理的分析存在着联系。这是说，指控他人便是“证明”他人有罪，而证明就应该自圆其说前后一致，否则如何依法指控？苏格拉底想说明对方的起诉是自相矛盾的。

但是，不论苏格拉底如何机智，雅典到底以281票对220票判决他罪名成立，处以死刑。[9]

临刑前，老朋友克力同借探望之机来看苏格拉底并且告诉他，朋友们决定帮助他越狱，而且一切都已经安排妥当了。可是苏格拉底却坦然自若，表示不越狱。克力同提出了各种理由来说服他，认为雅典的法律是不公正的，而且遵守这样的法律是没有任何道理的，但是仍然无效。[10]苏格拉底反问：越狱就正当吗？对一个被判有罪的人来说，即使他确信对他的指控是不公正的，逃避法律制裁难道就正当了？有没有一种服从任何法律的义务？

苏格拉底提出了两个理由来说明不应当越狱：如果人人都以法律判决不公正作为理由，那么，社会国家还能会有规矩方圆？法律判决的公正固然是重要的，但是秩序同样是重要的。[11]苏格拉底的潜台词是说，人人都可以用自己的是非判断来为自己的行为作辩解，但是

这些判断可不一定就是正确的，因而在这里法律应当是首要的选择，这是其一；其二，如果一个人自愿生活在一个城邦里，并且享受了这个城邦法律给予的权利，这不等于是和城邦之间产生了一个契约关系？这是说，城邦订立了法律，它向你发出了一个权利享受的意思表示，而你享受了这项权利便等于是接受了城邦的意思表示，也即接受了它的义务规定，双方由此建立了契约关系；在这种情况下，如果不服从义务岂不是毁约？岂不是十分不道德？[12]

经过与克力同的一番“探讨”，苏格拉底最后还是选择了服从死刑。

富有戏剧性的是，众所周知，时隔14年，雅典人最终重新发现自己的“良心和智慧”，认定苏格拉底审判是一桩大冤案，反而判迈雷托士犯有诬告罪并处死刑，判其他指控苏格拉底的人同样犯有诬告罪，并处驱逐出境。

002　一种常识的看法

从法律思想的角度来看，“苏格拉底审判”暗示了西方法律思想长久不衰的几个经典话题。为了说明这些话题，我们首先尝试运用一种常识的法律思想观点解读一下这个“审判”。之所以称作一种常识的观点，是因为，好像存在着一种最为接近人们对法律现象一般理解的看法。

在“苏格拉底审判”的语境中，“法律”一词被使用了多次。不论作怎样的说明解释，至少有一种用法被人们看作是再清楚不过了：它指雅典城邦制定公布的官方规则。从古至今，人们便习惯用“法律”描述或者指称官方的规则。似乎可以发觉，在这点上倒真像是存在着一个使用“法律”一词的契约。迈雷托士、赖垦和安匿托士诋毁苏格拉底，

说他渎神而且误导青年，声言要以法绳之，他们头脑中大概想的就是这类规则。雅典人组成了501人的审判团，审判团“居高临下”裁断对苏格拉底的指控，恐怕那些人头脑中想的也是这类规则。就说苏格拉底，他和克力同大谈对法律如何不能破例，公民如何具有遵守法律的义务，以及自己遵守法律而且视死如归显得多么“理由充分”，这些似乎也意味着他想的同样是这类规则。

“法律”一词的这种用法，显示了使用者对法律现象的理解。而这种理解包含了几个观念。现在，我们将其一一剖解分析。

首先，有一个法律的制定者。认为法律是官方的规则，已经暗示了法律是官方制定的。在常识观点看来，如果没有官方的“制定行为”，怎么会有法律条文的“白纸黑字”？虽然许多法律规则的内容和道德规则、宗教规则、礼仪规则以及习惯是颇为相似的，甚至是完全一致的，但是，法律与后者之类的关键区别可就在于官方的“制定行为”。至于“官方”是什么，它指何物，大可不必究根问底。概括地来说，社会存在着一个官方“世界”，这便足够了。在古雅典，民众都信神敬神，都以为渎神应该受到惩罚，但是在教士奥菲斯特提议立为官方规则之前，只好说它是宗教规则习惯。当雅典的立法机关将“渎神应受惩罚”这一条予以公布的时候，官方的规则因此就确立了。这便是法律的“制定品格”。

其次，有一个法律的“意志”。法律由官方制定，这表明官方在规则里面表达了一个意愿。虽然道德规则也表现了人的意愿，或者说相当一些人的意愿，可是这是历史文化多年积累缓慢发展而形成的，并非是某些人“主动放进去”的结果。官方规则中的意愿，有时就是“主动放进去”的。可以发现，历史上的许多法律条文不仅在今天的人看来是荒诞不经的，而且，即便在古人看来也是非常可笑的，因为，它们与今天的和以往的流行道德规则实在是相去甚远，但是，人们还是不能

否认它们就是一种法律规则。当然，立法者的“意志”也要受到种种因素的制约，可是它有时就是可以我行我素，在专制分子那里，这是再明显不过的事情了。这是法律的“意志品格”。

第三，有一个法律的“制裁 ”。为什么有人能够制定法律？为什么法律总会昭示一些人的“意志 ”？因为那些人掌握了权力，尤其是统治的权力。而权力的概念本身就预设了统治者和被统治者之间的某种强制关系。换句话说，统治者的权力意味着不服从就会招致“严厉的惩罚 ”。道德规则和习惯之类的东西，如果被冒犯了，就没这种结果。假如“不得渎神”只是一种道德，苏格拉底再如何调侃戏说希腊诸神，雅典人也拿不出什么实质性的惩罚手段。可是，现在这就是一个城邦的官方规则，苏格拉底也就因此遭遇了官司，而且还要以死正法。法律的特点在此是尤为明显的：“制裁”。这或许可以说是法律的“强制品格”。

除了这三个观念之外，这样使用“法律”一词的方式还不知不觉地预支了一个假设前提：可以站在一个不偏不倚、客观中立、不受主观好恶影响的立场上，解说法律是什么。

苏格拉底可以用自己的道德观念政治观念对雅典的制度说三道四，可以对雅典的审判挖苦嘲笑；反对判决苏格拉底死刑的220名审判员可以认为此案的最终结果是十分不公的，从而表示不满以及无可奈何；甚至后人可以因为雅典人法律智慧的贫乏而为苏格拉底大唱挽歌……可是，就像迈雷托士、赖垦、安匿托士以及281名断定苏格拉底必死无疑的审判员坚决认为“渎神者受罚”是神圣的城邦命令一样，他们都会不约而同地将那些“白纸黑字”看作实实在在的法律规定。这是说，太阳就是太阳，月亮就是月亮，再有人不喜欢，它们还是太阳月亮。

另一方面，常识看法还暗含着一个意思：官方人士的“制定规则”行为，是一个确定什么才是法律的重要事实。如果想知道一个规则是不是法律，就可以查明一下它是否出自官方人士的“权力手笔”。换个说法：“制定行为”犹如一把尺子，可以将法律规则划在一边，将非法律规则划在另外一边。当你希望在古希腊雅典的历史空间中确定哪些是法律，你就可以在历史典籍中寻找这样的“事实”资料。如果你想知道，在自己国家里现在什么规则是法律，你仍然可以运用这种方法加以确定。如果你还想知道德意志、不列颠、法兰西和美利坚的法律是什么，这种方法同样是有用的。这个“事实”或者“尺子”，一定可以将法律和非法律分得一清二楚。

003　观察法律的不同视角：你、我、他……

现在换一种理解“法律”的视角。

首先，设想一下当上了苏格拉底的法律“助手”，用今天的词来说就是“律师”。苏格拉底那个时代没有律师，而且这位贤哲自信智慧过人，所以，在其旁边始终未能发现一位出谋划策的“律师”人物。如果当了苏格拉底的“律师”，那么会怎样看待“苏格拉底审判”中的法律?

第一，出于律师职业道德的缘故，即一定要为苏格拉底讲出一个抗辩理由来，我们可能不大会再采用常识的看法。这时，我们与苏格拉底之间有一个“委托辩护”的契约关系。我们会认为，应该将雅典的法律看作一种正义公平的法律，这种法律的惩罚手段不应该指向心地善良的思想者。“对一切不相信现存宗教者和神事不同见解者治罪惩罚”这条规定，是指对恶意渎神者的惩治。苏格拉底对雅典宗教和神事的批评是极为善意的。其批评，目的不在于不相信雅典的宗教和攻击雅典的神事，而在于将雅典的宗教和神事改善得更为有意义。他要求引进新的神说，就是明证。对苏格拉底这样的“虔诚”，赞赏都是有些

来不及的，何谈治罪惩罚？！如果将这条法律的意思解说为“不分青红皂白，一律严惩不贷”，便是没有将法律视为一种正义公平的工具。

其实，在今天的律师角色中，的确可以经常看到与常识看法有所差异的法律解说，在法律争议较为激烈的时候是尤其如此的。这并非说律师可以随意地解说法律的意思，翻手为云覆手为雨；而是说，律师的社会职业角色要求他要为当事人提供自己认为正当的法律理由。换言之，假设采用了常识的看法，要求律师只能站在一个“第三者”的立场上，似乎便难以摆正“律师”与苏格拉底“委托契约关系”的正当位置。

如此可以发现，“律师”角色会以不同的姿态使用“法律”一词。

第二，如果与苏格拉底没有“委托辩护”的契约关系，换句话说，不一定要为苏格拉底提出一个抗辩理由来，而只是为其提供某些参谋意见以获取小额的咨询费用，也即当个法律“谋士”，那么，我们有时会以一种“算命”或说“预言”的方式解说法律。我们会说，雅典的确有一条官方的规则规定了“渎神者应受治罪惩罚”，但是，这不意味着已经存在了一条明确无疑的“法律”。法律，应该是在社会中具有看得见摸得着的品性，它应该是实实在在的，对人具有物质的作用。如果一条规则对我们不会发生实际的约束力，它可以称作法律吗？“看得见摸得着”“实实在在”“实际的约束力”，这些词汇只有当存在着社会官员的时候，才是准确的。这意味着，只有当社会官员对那条规则作出了具体的解释，并且因此作出了一项具体判决，才会有一个真实的“法律”出现。在雅典审判团作出判决之前，只能谈论一个“可能的法律”，而当判决作出了，才能谈论一个“真实的法律”。

必须承认，只有具体的法律解释和判决才能对被告发生实际的作用。根据这种分析，可以进一步地说，不要看那“白纸黑字”的规则，而要看看雅典人是怎样实际判决的，法律就是实际的判决。当提出这

样一个说法的时候，更有十分有利的证据可以给予支持：当初雅典人判决苏格拉底有罪就是根据那条“白纸黑字”，后来判决其无罪同样是根据这条“白纸黑字 ”。在这个证据里，究竟说“规则是法律”是有说服力的，还是说“判决是法律”具有说服力?

“算命”或者“预言”式地使用“法律”一词，也是一个视角。

现在，试着站在克力同的角度来看“苏格拉底审判”中的法律。

从柏拉图对话文本可以看出，克力同是个财主。[13]但是并不因为腰缠万贯，克力同就放弃了“仁义”美德、朋友之情。许多人对雅典法律判决的正当性提出了疑问，克力同也是其中之一。一方面，出于救朋友于危难之中的见义勇为；另一方面，也是出于对雅典法律的怀疑失望，克力同力劝苏格拉底越狱而逃。其想法与苏格拉底形成了有趣的对比。苏格拉底以为，雅典对他的判决是不公正的，但是，不公正并不等于不是法律的判决。确定法律的标准不是“公正”而是“官方的制定 ”。既然是法律的判决，对公民就有约束的效力，公民同时也有服从的义务，因为法律本身也有自身的公正要求— —社会秩序。这样，苏格拉底面对着一个悖论：既要追求一种理想的公平正义，又要服从法律的公平正义，当两者出现相互矛盾的时候，选择公平正义便意味着否定公平正义。与此不同，克力同对雅典法律保持了质疑的姿态。力劝越狱而逃，意味着公民对不公正的事物没有服从的义务；意味着，不公正的所谓“法律”判决没有约束的效力。

克力同的潜在意思是说，没有公平正义，何以称为法律？在此可以揣摩出，克力同表现了一种更为大胆的观念：即使是官方表现了一个“制定行为 ”，也不等于法律因此降生了；认定法律存在的标准必须包含“公平正义”的要素。于是，没有公正，也就没有法律，没有法律，也就没有服从的义务。如此，为何不能越狱而逃?

克力同的视角是一个较为极端的视角。如果能够回忆起历史上不断发生的对所谓“法律制度”的言辞否定甚至暴力推翻，我们就会发现，这种第三类型的视角，的确是时常存在的。

为了使问题的探讨更有意思，还可以设想一个法官的视角。这是第四类型的视角。

在“苏格拉底审判”中，就像无法找到一个律师一样，似乎无法找到一个今天意义上的职业审判者— —法官。古雅典人曾经有一种奇妙的彻头彻尾的大民主观念：不仅法律的制定要由众人来决定，而且法律的审判也要如此。他们天生就对审判的职业性表现了不信任，不想让法律运作的最后一个环节落入“少数人”的手里。这种观念是否正确，暂且不论。一个不可否认的事实是，现代人已经将法律的审判让给了少数人的职业阶层；就此而言，设想一个职业法官的视角肯定是有意义的。

可以感觉到，这类法官不会像常识观念的“第三者”那样“漠不关心”，也不会像律师或者法律“谋士”那样要么必须站在苏格拉底一边为其“出谋划策 ”，要么为赚咨询费而对苏格拉底“占卜算卦”，更不会像克力同那样“感情用事”。

另一方面，法官会有一种责任感，这种责任感要求法律的审判必须是忠实于法律的。这种对法律的忠实，可以说是法官遵守法律的义务。不过，这种遵守的义务有些不同于一般人们常说的那种义务。前者依赖一类自我约束的自觉，后者则依赖一类强制力的威吓。比如，依照时间的规定来判决案件是一个义务，判决造成了错误要赔偿也是一个义务，它们就是以义务履行者自觉执行为条件的；一般人的借钱还钱的义务，伤害别人就要赔偿的义务，则是以义务要求者（比如国家立法者）规定的制裁为震慑力的。

这点不同，使法官看待法律的方式更为独特。法官会以为，对苏格拉底而言，法律当然包含了那些“白纸黑字”的官方规则，而且一般来说，要规规矩矩地逐字逐句地“依法”审判。但是，法律的内容并不仅仅限于这一点。当规则需要解释或者规则不大容易直接适用于案件的时候，法官尤其希望挖掘法律的精神和原则。由于法官遵守法律的义务是一种自觉的义务，法官有时并不像某些社会角色— —比如商人那样为了获得精确的可预测性，从而将法律局限在“白纸黑字”的明确规则。在法官的眼中，法律可预测性是没有意义的，当需要解释规则的时候，重要的是理解法律的“要义 ”，这一要义既可以出现于“白纸黑字”的规则之中，也可以出现于法律的精神和原则之中，还可以出现于以往一切法官整体的历史审判实践之中。因此，他们有时会在更大的“法律背景”中思考理解“渎神者治罪惩罚”之类的具体规则。法官的职业化和知识化，会更使法官如此看待法律。在此，应该暂时撇开对雅典“渎神治罪 ”规则的宗教味道的喜恶评判，因为，对于一名职业性的法官，不会也不可能对自己时代的法律表达批判质问，他只应该考虑一点：如何做好“法律审判”这项工作。如果的确深深怀疑自己时代的法律的正当性，法官也应当首先辞去“法律适用者”这个社会角色，再去表达批评意见。

当然，这样描述法官，并不等于完全排除另一些法官有着不同的想法。那些法官，固守了“白纸黑字”的规则。可是他们似乎不在多数。

小 结

通过“苏格拉底审判”的故事的解读，我们尝试了对法律的“初步”理解，并且从中分析和引出了不同的看待法律现象或者使用“法律一词”的视角。这是以点见面、以小见大地提示西方法律思想“纷然杂陈”的局面，也是暗喻了西方法律思想的实际出发点。

第一章　“政治学”的透视

苏格拉底虽然喜好“辩证法”的论说技巧，但是一生又和古希腊那些鼓唇弄舌的诡辩学者— —又称智者— —格格不入。雅典时代，大民主的氛围“滋润”了辩论的风气。为了占有政治上的一席之地，人们竞相操练口才技艺，诡辩学者从而成为这类技术的传授者。不过，本书不大关心苏格拉底与诡辩学者的恩恩怨怨，也不关心多少雅典人被培养成了能言善说的辩论家；而是关心，诡辩学者提出的一个“政治学”的法律思想观念，以及后来学者如何对此借题发挥。所谓“政治学”的观念，是说这个时候的法律思想观念特别是从统治者和被统治者的自上而下的权力关系来建构的。

004　诡辩者如是说：强者的利益

诡辩学者色拉叙马霍斯曾经提道：

每一种统治者都制定对自己有利的法律，平民政府制定民主法律，独裁政府制定独裁法律，依此类推。他们制定了法律明告大家：凡是对政府有利的对百姓就是正义的；谁不遵守，他就有违法之罪，又有不正义之名。因此，我的意思是，在任何国家里，所谓正义就是当时政府的利益。政府当然有权，所以唯一合理的结论应该说：不管在什么地方，正义就是强者的利益。[14]

这位诡辩者是柏拉图对话录— —比如《理想国》— —里的重要角色。对话录的另外一个隐约象征柏拉图自己的角色就是苏格拉底。色拉叙马霍斯和苏格拉底总是唇枪舌剑，探讨“国是 ”。《理想国》开篇

有关“正义”的对话，就是在他们两人之间的“交往对话”。当然，这位诡辩者对正义的理解，可以存而不论，因为，他好像是认为正义是没有什么讨论价值的，没有什么神圣可言。在这里，只需注意他提出了一个尤为重要而又影响深远的法律观念——法律意志说。

法律意志说，是讲法律总是体现了统治者的意愿和利益。统治者之所以可以制定法律，原因在于其掌握了统治权力；而统治者之所以拥有统治权力，又是因为在与被统治者的关系中统治者终于占有了居高临下的压制地位。当然，统治者既可以是寡人独裁的帝王，也可以是少数握权的“贵族”，也可以是一无所有的“布衣”。如此设想的统治者与被统治者的关系，是把“暴力式”的对立放在了最明显的位置。

现在，为了反思式地理解西方法律思想，稍微讨论一下这里提到的法律意志说所存在的问题。

色拉叙马霍斯的观点，好像不能说明人们知晓的另外一些法律规定。古巴比伦《汉穆拉比法典》第78条规定：如果租户将全年租金交给了房主，而房主于租期未满之时要求租户搬出，则房主要退回所有的租金；古罗马《十二表法》第9表第6条规定：没有经过审判，不得处死任何人；欧洲中世纪《萨利克法典》第2节第4条规定：凡是盗窃一只满1岁的猪而被破获者，罚款102银币，折合3金币，而且要加所窃之猪的价值赔偿和损失赔偿；英国1689年《权利法案》第5条规定：向国王请愿是臣民的权利，一切对臣民的请愿判罪或指控都是非法的……

对这些法律条文，不仅那些制定法律的统治者并不回避，就连那些读法律的被统治者也会自然赞同的。如此讲来，法律好像不仅仅是体现了统治者的意愿和利益，它有时还保护了被统治者。从古到今，白纸黑字的法律条文可以说是浩如烟海，从中不断地找出与色拉叙马霍斯那样的法律意志论相互矛盾的例子，是易如反掌的。这就不奇

怪，为什么与色拉叙马霍斯几乎同时代的亚里士多德会针锋相对地说：法律体现了所有人的共同利益，而不只是统治者的利益。[15]

对亚里士多德的批评，意志论者可以这样指出：出于策略，统治者有的时候制定了那些被压在底层的人也会赞成的法律，这当然是不奇怪的；可是需要注意，这叫“权宜之计 ”。如果是权宜之计，则转来转去最终还不又是统治者的意愿和利益?

但是，如此反驳好像是不能令人信服的。说《十二表法》规定的“没有经过审判不得处死任何人”和《权利法案》规定的“向国王请愿不得判罪指控”是一类权宜之计，似乎是可以接受的，有的时候统治者的确是以此作为“诱饵 ”，来安抚处于劣势的被统治者。但是，说《汉穆拉比法典》规定的“房主在租期内要求租户搬出要退租金”和《萨利克法典》规定的“偷猪罚款赔偿”也是什么权宜之计，恐怕是牵强附会了。因为，后一类的规定，既可以处理统治阶层内部之间的个人矛盾，比如未到期就赶租户搬出或者邪念骤起偷猪杀猪，也可以处理被统治阶层内部的类似的个人矛盾；既可以处理被统治阶层成员偷统治阶层成员的猪的行为，也可以反之处理后一阶层成员偷前类成员的猪的行为。无论是未到期赶租户还是偷窃，属于任何社会里无法避免的总要处理的普遍纠纷，并不属于暴力对立那类的政治矛盾，而且与这类矛盾没有必然的联系。即使不存在统治者和被统治者之分，一个社会也要拿出“典章”对它们作出规定。

意志论者还有一种辩解。他们以为，即使承认有些法律规定不仅仅是体现了统治者的意志，有些法律规定不是“权宜之计”，也依然可以认为一个社会中的法律在整体上是体现统治者意志的。如果一个社会中的法律在整体上都不能如此，就应该怀疑其中是否真的存在一个法律制度。“整体”是说“主要方面”或者“基本方面 ”。一个法律内部，

总有主要和次要之分，总有基本方面可言。就在这个主要或者基本的地方，统治者的意志从来都是非常明显的。

这个辩解是颇为有趣的。然而，它提出一个既无法证实也无法证伪的命题。因为，它依赖一个对“什么是主要、基本”的说明；而从不同角度，人们可以对什么是法律制度的主要或者基本方面作出不同的说明，从而得出“什么是主要、基本”的不同结论。例如，从法律的效力层次角度，可以认为宪法之类的法律是法律制度的主要、基本的法律，因为宪法是一切法律的效力根据；从立法机构的档次角度，可以认为最高立法机构制定的规则是主要、基本的法律，因为这类机构可以宣布什么规则要比其他规则更为主要、更为基本；而从法律条文的具体内容角度，可以认为在法律制度中占绝大多数的一般条文，比如民事条文、刑事条文、经济条文或者行政条文，是主要的。当关注宪法或者最高立法机构制定的规则的时候，说体现统治者意志的法律是主要、基本的方面当然显得有理有据，可是当关注着法律条文的具体内容的时候，说体现社会大多数人意志的法律是主要的基本的，同样显得无可辩驳。因为，能够看到，像刑事条文那样的镇压被统治者的法律在法律制度中毕竟是少数的。

如此这般，如果有人提出一个与意志论相反的命题：法律制度的主要或者基本方面不是统治者的意志，而是社会大多数人的意志，那么，很难说这是没有道理的。实际上，只要认为 “主要或者基本方面”是一个标准，就会出现许多种说法，从而，一个人就能够像证明自己的观点一样证明对立者的观点。

色拉叙马霍斯的“政治学”观点，过于坚持政治上的暴力统治与被统治，因而给人这样一个感觉：初看好像是十分符合日常感觉的，仔细想来则是不敢赞同的。难怪美国法学家庞德（ RoscoePound）都说：

关于法律不过是有权力者剥削无权力者的手段的说法，这并不是什么新见解。早在公元前五世纪希腊诡辩家就曾提过，以后也陆续有人重复过。但是整个文明史驳斥了这种论调。[16]

005　政治契约

于是，英国17世纪哲学家霍布斯在坚持法律意志说的同时，弱化了色拉叙马霍斯的强者利益的设想。在霍布斯看来，法律当然是一种自上而下的命令，这种命令“是通过语言、文字或其他同样充分的论据发布命令的人之意志的宣布或表达”。[17]霍布斯说：

法律单是以明文规定并加以公布还不够，还必须要有明显的证据说明它来自主权者的意志。因为平民在具有力量或认为自己具有力量达到不正当的目的，并平安无事地实现其野心时，是会不经立法当局或违反立法当局把自己所高兴的东西公布为法律的。因此，法律便必须不但要公布，而且要有授权者和权力的充分证明。[18]

但是，霍布斯认为，这可不意味着法律一定是强者利益的表现。如同说话人的言语表达显示了说话者的意图，书写人的字词使用显示了书写者的想法一样，法律也凸显了立法者的意思或者意向。然而，这种意思或者意向，有时联系着强者的利益，更多的时候与强者的利益是没有联系的。当立法者说，“法律于某年某月某日生效”，“法律适用范围如何如何”，他当然具有特定的意图，但是这种意图很难说是强者的利益或者说是立法者自己的利益。在这里，霍布斯区分了法律的意图和法律的利益。“法律的本质不在于其文字而在于其意向或意义，也就是在于权威的解释，即立法者的看法。”[19]他想说明法律的分析应当落在法律的意图上，而不是什么强者的利益上。

如果法律的要义不源于强者居高临下的权力压制，那么，何以能够使法律通行于社会的人际关系之中？肯定有些人对法律的规定不以为然，有些人对法律的规定耿耿于怀，甚至可能有些人对法律“揭竿而起”，色拉叙马霍斯正是部分地基于这类的感觉，才反复提到“强者利益是法律而且是正义”的表述。

霍布斯相信，抛弃“强者”的概念依然可以说清楚法律的“政治学”品格。法律自然需要强制的手段、自上而下的政治权威，可是这并不是出于强者与弱者之间的暴力对抗的缘故。相反，正像人们之间可以签订私领域的买卖契约、租赁契约、借贷契约一样，各方人士可以在公领域中签订建立国家的“政治合作契约”，从而使国家和法律具有权威性和强制性。

霍布斯首先是要人们设想一下在很久很久以前，人类还没有国家和法律，那时候的人与人之间的关系是怎样的。人们当然可以设想：一切都是平静的，人的要求不高，人的文化并不复杂而且没有尔虞我诈；因为没有权力和财产之争，一切可利用的资源都是共有的。可是，另外一种可能也是存在的，也即人们之间总是互不相让、你争我夺，在某些情况下还要相互残杀，因为资源总是有限的，而且人天生也是关心自己利益的。很久很久以前究竟是什么样子，现在实在无从考证。可是霍布斯总是大胆地宣布：很久以前人对人就是属于第二种可能，这就是“人对人像狼一样”，而且，“最糟糕的是人们不断处于暴力死亡和危险之中，人的生活孤独、贫困、卑污、残忍而短寿”。[20]

如果人对人是如此残酷的，人类岂不是早已自我毁灭了？为什么人类还能延续至今，甚至有时颇为人丁兴旺？此时，霍布斯又要人们注意一个事实：人类还有理性，会算计得失，或者说是“两害相权取其轻”。面对不断的暴力，人们总会想些办法加以避免。于是，他们之

间开始订立“社会契约”，每个人把自己的权利交给了一个独立人格的国家，由它来制定法律去管理和裁断人们之间发生的纠纷与矛盾。

如果要建立……制止相互侵害的共同权力，以便保障大家能通过自己的辛劳和土地的丰产为生并生活得很满意，那就只有一条道路：把大家所有的权力和力量付托给某一个人或一个能通过多数的意见把大家的意志化为一个意志的多人组成的集体……指定一个人或一个由多人组成的集体来代表他们的人格，每一个人都承认授权于如此承当本身人格的人在有关公共和平或安全方面所采取的任何行为或命令他人作出的行为，在这种行为中，大家都把自己的意志服从于他的意志，把自己的判断服从于他的判断。[21]

既然国家是这样建立的，而国家的法律是由此而来的，那么，两者的权威和强制便不是来自强者的暴力。人们选择主权者及其法律，“是由于互相畏惧而不是由于畏惧他们按约建立的主权者”。[22]而既然法律的产生与强者的利益是没有直接联系的，法律的分析，便应该集中在立法者的意图上。到了这里，可以清楚地看到霍布斯是如何在抛弃了“强者”的概念下继续保持了法律意志说的，而且又避免了色拉叙马霍斯的理论困难。

006　法律的文字与立法者的意图

霍布斯的“法律意志说”是一种法律意图说。在法律思想里，如果以为法律的文字与法律的意思— —立法者想具有的意思— —的区别是重要的，那么，霍布斯的理论就是一种意思决定论。其实，色拉叙马霍斯的强者利益理论也是一种意图说：强者的利益决定了强者的意图，强者的意图决定了法律的含义。只不过色拉叙马霍斯是将法律的本意一直追溯到了利益，而霍布斯除掉了利益这个根基。文字与意思

的区别的确是十分重要的。一般人总会认为，一旦法律文字出现以后立法者的意思也就在其中了。可是，问题远远不是这么简单。

可以注意西方学者曾经讨论过的一个假设例子。设想有一个市政委员会，颁布了一项有关市区城管的法律条令，规定在市区公园内不得通过或者停放任何机动车辆。条令颁布后，各公园都严格执行，绝不让各种车辆进入。一天，某军人团体将一辆第二次世界大战的时候他们使用的军用吉普车开进了市中心公园。公园管理人员说不行，可是军人团体非要将车开进去。军人代表以为，这车辆非同一般，它象征着国家军队在战争中的艰辛与光荣，将车摆在公园里，是为了让人们在公园享受幸福欢乐的时候不忘记这些来之不易。就这样，车被放在了公园的中心草坪上。公园管理人员无奈，只得告到了法院。

法院应当依法办事，这是无可争辩的。但是，法院在审判前总要清楚地知道法律的含义是什么才能顺利地审理。针对此案，法律的意思如何确定?

公园的管理人员会说，第一，市政委员会的法律条令是十分清楚的：任何机动车辆不得停放在公园里；第二，军用吉普车肯定是属于机动车辆的；第三，按照条文字句来看，吉普车应当属于禁止之列。在这里，军用吉普车显然属于立法者想要禁止进入公园的车辆。换句话说，立法者立法时的意图在于限制包括这类车辆在内的一切车辆进入公园。公园管理人员的看法，应该来说人们是会同意的。

军人团体会说，市政委员会的确想禁止机动车辆进入公园，这是必须承认的。可是市政委员会为什么会这样“想 ”？应该认为，市政委员会希望公园里保持安静、安全和空气新鲜。如果机动车辆总是进出公园，自然会带来噪音、危险和污染。这才是该委员会这样“想”的真正原因。就此而言，立法者的实际意图是保持公园的安逸舒适的优美环境，而将军用吉普车放入公园，并不与市政委员会的实际意图相互

矛盾，因为，这辆吉普车并非总是进出公园，而是一次性地放在那里，它不会产生噪音、危险和污染。既然是这样，也就没有违反立法者的法律条令。禁止纪念性车辆进入公园显然是没有道理的。军人团体的意见，应该来说人们也是会同意的。

如果双方的主张都是有理由的，那么在此案中法院就难办了：立法者在法律条文文字中的意图究竟是什么？能说立法者的意图就在法律文字之中?

再来考察霍布斯的想法。对此案，霍布斯可能为了坚持法律的意图论，可以认为法律的真正意思取决于立法者的说明。在这类案件中，解释者应该询问立法者就具体事实而言具有怎样的具体意图。霍布斯的确说过类似的言语：法律的解释，必须以主权者的说明作为依据，而解释者则只能是公众唯一要服从的主权者所指派的人，如果不是这样，法律便可能由于解释者的曲解而带有与主权者原意相违背的意义；利用这种手段，解释者就变成了立法者。[23]

但是，这里存在两个问题。首先，许多法律被制定出来以后可以延续数十年甚至数百年，在这种情况下，怎么有可能询问最初立法的立法者？其次，凡是遇到这类具体解释问题就去询问立法者，便无形中让立法者成为解决具体法律问题的司法者，从而取消了立法和司法之间的重要区别，如此还有什么必要去设立一个适用法律的机构？虽然不是所有的具体案件都需要法律的解释，但是，解释毕竟总是为数不少的。霍布斯本人都曾极端地认为："所有的成文法……都需要解释。"[24]

当然，霍布斯可以认为在这类案件中需要查找立法者立法时提供的有关资料。通过这些资料，来确定这个时候的法律的真正意思。可是，这些资料也是由文字构成的，如果有理由认为法律文字是需要解释的，那么同样有理由认为，立法文字资料也是需要解释的。

看来，以立法者意图为依据去确定法律的含义是不可靠的。倘若是不可靠的，接下来的问题可能就很严重了：法律的意义究竟在哪里？现在的出路只能有两个：其一，认为法律的意义存在于解释者（或者阅读者）与法律文字（或者法律本文）的相互作用之间；其二，认为法律的意义存在于解释者或者阅读者的解释阅读之中。法律的意义，实质上就是人们所说的具有约束力的“法律”，而不论选择哪条出路，最终得到的“法律”都不是霍布斯的法律意志说所能说明的。这是说，立法者的意志并不能最终决定法律是什么。再进一步说，自上而下的“政治学”的法律思想观念也许不能廓清某些重要的法律现象。对色拉叙马霍斯的法律意志说来讲，这个问题同样如此。

007　法律命令说的思考起点

法律意志说对许多西方法律思想具有极大的诱惑力。不过，在色拉叙马霍斯和霍布斯的叙述中，这个学说还是比较粗糙、肤浅的。到了19世纪，英国法学家边沁和奥斯丁（John Austin）毫无顾忌地传承了法律意志说的理念，并且在实证观察的基础上精雕细凿，终于将这一学说变成了统治法律思想某些领域的法律命令说。当然，如果说霍布斯除掉了色拉叙马霍斯的“强者利益”这个根基，那么，边沁和奥斯丁可以说是抛弃了霍布斯的“社会契约”这个假设。边沁和奥斯丁的意思是，虽然没有必要紧紧抓住“强者利益”的概念，但是，远古的“社会契约”这个假设也是多余的，因为再简单不过的问题是：“社会契约”这一现象是真的还是假的?

为了说明边沁和奥斯丁的学说，首先尝试着体验一下对法律现象的两种看法：第一，将全部法律条文的规定，都视为“强迫别人必须做什么”——就是人们所说的“义务”——的规定；第二，将所有法律规定的“允许别人做什么”的问题——也即“权利”问题——和义务问题，迂回地最终划入刑事处罚的问题。

首先讨论第一个看法。1641年美国《马萨诸塞州自由典则》第92条规定：任何人都不得虐待残害正常饲养的、人们拿来自用的动物。1804年法国《拿破仑法典》第681条规定：一切房屋所有权人都要安装屋檐，让雨水流注于自己的土地或公共道路；所有权人，不得让雨水倾注于邻居的土地。而1930年德国《保险契约法》第15条第1款规定：被保险人一定要在一定期限之内支付保险金……在其他法律中还经常可以发现，不得秘密窃取别人的钱财，不得毁坏别人的花园，不得私下将人扣押，不得让国家利益受到损害等一系列规范性质的要求，它们也都被权威机构规定为一种必须遵守的法律义务。如果对这些义务性的规定充耳不闻或者肆意违反，权威机构就会给予惩罚，给予罚款、放逐、判处有期徒刑甚至剥夺生命等作为制裁。

可以看出，这类“强迫别人必须做什么”的要求是一种立法者强制性意愿的直接表现。

当然，另外有一种强制性意愿的表现不是那么明显的，而是较为含蓄的。可以看到，法律时常也规定公民可以根据自己的兴趣和需要而订立遗嘱，可以和某人订立买卖契约，可以出版自己的文字作品，还可以委托他人代为商谈生意。这些规定，虽然说是“允许他人可以做什么”的权利规定，但是，也暗含着对其他人的强制义务规定，暗含着法律制定者的强制性意愿。像自愿订立遗嘱的权利，就暗含了当某人写下遗嘱的时候，其他人是不得加以干涉的，如果干涉，将会受到权威机关的强制制裁。签订合约的权利，暗含了当某人和另外一个人签订一份买卖契约的时候，其他人同样不得加以干涉，否则也将面临权威机关的强制制裁。对某人出版自己的作品和委托他人代为谈商论经，任何其他人，也都有不得加以干涉的义务。

概括来说，无论怎样间接含蓄，似乎都表明了权威机关依然具有强制要求人们要做或者不得做什么的意愿。

再讨论一下第二个看法。前面讲过，某些表现权威机关强制性意愿的“直接明确”的义务规定，诸如不得秘密窃取别人的钱财、不得毁坏别人的花园、不得私下将人扣押等，当然是与刑事处罚问题有关的规定。因为，如果偷了什么东西或者将人家的花园予以毁坏，自然会遭遇刑法的严厉惩罚。而后一类间接含蓄的义务规定，有时会立即呈现出现刑事处罚的问题，有时则会慢慢地才表现出来。如果为了阻碍遗嘱人订立遗嘱而用药物让其丧失思维的能力，或者为了阻碍他人签订合约强行将他人绑架起来，便会立即引起刑事处罚的问题。而当一个人为了阻止一名作家出版作品而将作品藏匿，这个人就有民事义务而非刑法规定的义务返还作品；如果这个侵权者仍然拒不交出，权威机关则会强行将作品返还；如果这个侵权者竭力反抗，则最终会触及刑事处罚的问题，虽然，这并不是一种刑事处罚的立即表现。

还有一些法律规定没有直接说明“必须做什么”或者“可以做什么”，而是直接说明什么行为是有效的或无效的。如果一个人趁他人之危而与之签订合约，权威机关便会宣布合约是无效的。当前者凭借合约取得后者的财产，根据权威机关的无效宣布，前者就应当予以返还。如果前者拒绝返还，权威机关就会强制其返还，如果这个人继续顽抗，则会受到权威机关的刑事制裁。在这里，就有效、无效的法律规定来说，最终仍然可以遇到刑事处罚问题。

依照这种观察推论，可以发现许多法律问题最终是可以这样转到刑事处罚问题那里的。

这两种对法律现象的看法，究竟是否能够天衣无缝，暂且不去管它。至少初看起来它们还是可以让人接受的。正是因为如此，边沁和奥斯丁以此作为起点，论证了自己的法律命令说。

008　命令、义务、制裁和主权者

在边沁和奥斯丁的设想中，法律命令说是指法律表达了立法者的意志，这种意志表现为意愿的明确表示，而且必须被别人所接受，否则，立法者将给予严厉的惩罚。这种说法和霍布斯的想象基本上是类似的。不过，边沁和奥斯丁的描述相对而言是细致精湛的。

边沁指出，完全可以将法律精辟地解释为：国家的当权者设想和采用的一系列意志宣告，它们涉及一些人在特定情形下必须做什么或者不做什么；这些人，要么是，要么应该是被当权者的权力所控制的。[25] 对法律来讲，最为合适的字词就是强制性的命令（mandate）。[26] 奥斯丁同样指出，就法律一词最为普遍、最为可以理解的使用方式而言，人们可以将它看作掌握控制了别人的政治权力的高高在上者，"为他自己的目的而制定的规则"。[27] 严格地讲，"法律是一种要求个人或群体必须这样或那样的命令……法律和其他命令被认为是优势者宣布的，而且约束或责成劣势者"[28] 。

命令这个词，在边沁和奥斯丁的理论中具有特别重要的意义。

奥斯丁尤其强调，如果一个人向他人表示或者宣布了必须做什么以及不得做什么的一个意思，他人视而不见，宣布者接着拿出了灾难性的恶果来惩罚，那么，宣布者表示的意思可就是命令了。[29] 命令和其他愿望的区别不在于表达的内容是什么；倒是在于，如果命令式的意思表示被置之不理，发布命令的人便会根据自己的权威和力量，给予对方不利的后果或者痛苦的惩罚。反过来讲，当他人并不遵从某人的愿望的时候，愿望者无法惩罚违抗者，那么，意思表示就不是命令了。"优势者这个术语说明了力量：用恶果和痛苦影响他人的力量和通过恶果的恐吓强迫别人按某人意志行为的力量。"[30] 这样，作为一种命令的法律便包含了三个意思："1.一个人设想他人应该做什么或不做什么的愿望或意欲；2.如果拒绝，将会出现来自前者采取的'不客气'行动；3.意志用语言或其他标记来表达或宣布。"[31]

从法律的性质来说，边沁和奥斯丁尤其喜欢将命令、义务和制裁看作一个事物的三个方面。

奥斯丁直言：

命令、义务和制裁是分开而又相互联系的术语，每个都具有与其他两个术语相同的含义……三个都直接并间接地说明了一个问题。每个都是同一复杂含义的名称。[32]

当说“命令”时，是指愿望的表达或者宣布；当说“义务 ”时，是指发生恶果的可能性；当说“制裁”时，是指付诸实施的恶果本身。[33]边沁总是提到：凡是有义务去做的事情，如果不做，依据法律就要受到惩罚，这可是义务一词原来具有的普通而又恰当的含义。[34]而没有强制制裁的法律本身就是一个术语矛盾。[35]

既然法律无一不是来自主权者的命令，那么，主权者当然可以颁布任何内容的法律。换句话说，权力无限的主权者可以想象自己发布各种命令，可以采用以往主权者及其下属颁布的规则。[36]如果说主权者有什么优越之处，显然，这可就是一个值得大书特书的优越之处。

那么，主权者是谁？边沁和奥斯丁从17世纪英国哲学家休谟那里借来了政治主权是由社会习俗、惯例和习惯产生的说法，将主权者描述为这样一些人或者集团：社会大多数人对其有一种服从的习惯；反之，他们并不习惯地服从任何人。[37]以这种方式，边沁和奥斯丁把色拉叙马霍斯的“暴力镇压”和霍布斯的“社会契约”悄悄换成了“社会习惯”。

009　立法者自我恐吓的难题·立法约束

在边沁和奥斯丁两个人的法律命令说里，可以看到“制裁”是一个非常关键的词语。色拉叙马霍斯和霍布斯都没有怎么特别说明“制裁”，可是边沁和奥斯丁两个人对其却是特别重视，认为这是法律领域里的一个支柱性的概念。“制裁”是说，如果不服从法律的义务，就会遭遇到惩罚，否则法律将是形同虚设。边沁和奥斯丁两个人的思路是：假如认为法律尤为体现了立法者的意志，那么，就必须强调立法者手中制裁利器的意义；没有这类制裁的可能性，怎能说谁对谁的意志？初听起来，这种观点是比较容易令人接受的，但是细琢磨便会发现其中问题是不小的。

首先，看看立法者本身。一般来说，立法者在制定规则的时候总要遵守规定立法程序的法律规则，不会毫无方寸毫无规矩；在现代社会，尤其如此。关于立法程序的那些规则，会规定如何提交法律议案、如何讨论并通过法律议案、如何修改或者废除原有的法律规则，以及在什么情况下通过法律议案是具有法律效力的。它们是“应该做什么”（义务）或者职责的一种表现。不仅如此，作为立法者的个人在社会中也要受到其他法律的约束，例如，不得非法获取他人的财产，不能发表损害他人名誉的言辞，薪水多了还必须依法纳税，等等。有时，这些规则还是立法者自己制定颁布的。这说明，以主权者身份出现的立法者也是受法律约束的。而如果立法者也受自己制定的法律的约束，不就等于立法者在命令、限制和威吓自己了？法律既然是立法者的意志表现，这种意志又以制裁作为后盾，这岂不是立法者有时凭意志用暴力制裁来威胁自己遵守法律？这般看来颇为有些怪异。[38]

不仅如此，更进一步的一个现实问题是：如果不服从其他人的立法者自己不服从法律义务，谁来约束（假如想要约束的话）？

有人可能认为，当立法者不服从法律义务的时候，让法律适用机关 (比如法院)来约束其服从。但是，法院是一个执行立法者制定的法

律的机构，根据法律命令说，它是习惯服从作为主权者的立法者的，如果它可以约束后者，这不仅在逻辑上而且在现实中都将是难以说通、实现的。特别重要的是，这些问题还不仅仅是难以说通、实现的问题。在现代社会中，立法机构时常以代议制形式出现，其立法行为并不直接表现为一般大众的意志表示，而且，现代社会的立法内容范围极为广泛，大多数选民也不可能在任何法律制定上直接表达自己的意思，这样，限制立法者的立法行为便具有重要的政治意义。在这里，人们恐怕不大会赞同边沁的一个极端见解：最高统治者没有任何义务，如果因为没有做某事或者做了某事而受到限制约束，那么他们就不会被认为是最高的统治者。[39]

人们倒会赞同被边沁批评了多年的英国另外一个学者布莱克斯通（William Blackstone）的一句话：制定法律是最高权力，然而又是义务。[40]

010　权力和权利

其实，有关立法者立法形式和内容的法律，不仅包括了一些“应该做什么、必须做什么”的义务职责性的规定，而且包括了一些权力性的规定。立法者在制定法律之后，有权说明一下法律的含义，有权将这个说明权— —或者解释权— —交给其他法律性质的政府部门，有权宣布某些习俗规范或者道德规范具有法律效力。这些“我有权做什么”的权力性规定，好像不能理解为与“制裁”形影不离的义务性规定，如果立法者不想做些什么，法律是决不会运用“制裁”去威胁立法者遵守那些权力性的法律。

另一方面，在其他法律中，也随处可见许多规则具有授予权利的性质，它们并非要与“制裁”彼此相伴。比如，假设有人在拥有继承权的时候放弃了继承遗产，法院能否强迫继承意见？人们肯定会说，当

然不行，因为他所放弃的是权利而不是义务。正如有的学者所说的，这类规则并不要求人们必须以某种方式去做什么，也没有规定义务或者责任之类的东西，所以和“制裁”是没有关系的。[41]

这些规则与义务性质的规则，有着天壤之别。

再如，像禁止盗窃的义务规则，如果某人非要谋取他人财产，当然要面对强制制裁的严厉发难。而对于根据授予权利的规则有权要求盗窃者交还财物的当事人，就不存在强制的问题。他可以要求也可以不要求交还，无论如何这都是他自愿选择的问题。有选举权的人，对被选举人不满意从而放弃投上一票；有生育权利的人，喜欢清静从而放弃生育孩子；债权人发现欠债人已经是一贫如洗从而放弃追索；这些放弃，都有自愿的性质。对这些对权利如此“大方”的权利主体而言，不运用这些权利，肯定不存在强制制裁的问题。这样，如何解释授予权利的规则与强制制裁的关系？如何解释授予权利的规则，也是一种义务性质的“命令”？

011　法律强制说

法律强制说是指这样一个观念：作为一种独特的社会现象，法律与道德、宗教、习俗和礼仪等存在着重要区别，其区别之处就在于法律具有外在的强制力。如果一名身强力壮会游泳的男子遇到落水儿童而见死不救，人们会说，这人的确是缺乏道德的；而如果这名男子恶意地将小童推落水中致其死亡，人们则会说，这名男子犯法了。当作这些议论的时候，人们已经用语词将法律和道德区别开来，同时，也在暗示，法律具有自己的特征或说“身份标志 ”。相对于宗教、习俗和礼仪而言，也莫不如此。

不过，法律强制的观念倒不是从边沁和奥斯丁开始的，早在中世纪神学家阿奎那的说教中，便可以看到这一观念十分标准的叙述：法律具有的一个基本特点就是强制的力量。[42] 18世纪德国哲学家康德不仅在哲学思想上声名显赫，而且在法律思想上也是十分吸引人的，因为他提出了至今人们还在信奉的经典"强制说"：法律不同于道德的地方即在于外在行为的强制。[43] 也许，在阿奎那和康德之前已经有人提出过这个观念，这就不必从严考证了。

当然，到了边沁和奥斯丁那里，"强制"观念的说明也具有了颇为标准的法学意蕴。奥斯丁说：只有强制某个人或者某些人必须做什么或者不得做什么的普遍命令，才具有法律的性质。[44] 随着边沁和奥斯丁的法律命令说的影响日渐扩大，在后来的西方法律思想中，人们趋之若鹜地将"强制力"看成分析法律本质特征的必要桥梁。

美国人类学家霍贝尔（E. Adamson Hoebel）就曾说过：

在任何社会里，不论是原始社会还是文明社会，法律存在的真正的基本的必要条件是，社会授权的当权者合法地使用物质强制。法律有牙齿，必要时会咬人，虽则并不时时使用。就像耶林（R.Jhering）所强调的："没有任何强力的法律徒有虚名。"[45]

德国学者纽曼（Franz Neumann）也同样地认为：法律正是以其强制性而不同于习惯和道德。[46]

可以看出，在法律强制说里包含了一个意思：所有法律都是义务规定，而且所有义务规定都是被迫的、消极的，恰恰由于畏惧法律的制裁人们才对法律毕恭毕敬。用经济学的术语来说，强制制裁的力度越大，法律的要价也就越高，要价越高，也就没有人敢再与法律讨价还价（以身试法）了。

但是，前一小节对那些权力和权利所作的分析说明，那些规定权力或者权利的法律相对而言与义务性质的规则是不同的，将它们看作依赖“制裁”的震慑或者强制性的逼迫，显然会出现论证上的困难。不仅如此，在这里人们还会看到，一方面，威吓并不能必然导致义务的产生；另一方面，正如权力和权利性规则具有自愿的内容一样，有些法律义务也有自愿的问题。换句话说，即使在“义务规则”这个法律强制说感觉最为安全、最为放心的领域内，依然可以看到难以解决的问题。因为，威吓不等于义务可以产生，而有些义务不可能是被迫的。

有的学者机警地指出过，法律强制说所裹挟的义务概念的一个十分致命的弱点在于混淆了两种行为模式：有义务做什么和被迫做什么。假定一名持枪歹徒抢劫银行，威胁银行职员把钱交出来，职员出于别无选择的缘故把钱交了出来，人们自然会认为职员是“被迫”这么做的，而不会认为这是他的义务。这表明，威吓只是使银行职员处于了被强迫而不是有义务的地位，威吓并不必然导致义务的产生。[47]

012　困扰法律强制说的一个对比：主权者和强暴者

前一小节讲过的持枪抢劫银行的例子，说明被威胁的银行职员，并不因为暴徒可以实施暴力从而具有义务。在这个例子中，人们思考观察的视野集中在被威胁的银行职员身上，因而得出“被迫做什么”和“有义务做什么”完全是两个问题的结论。现在，试将视野集中在持枪歹徒这个威胁者身上，观察法律强制说在另一方面的问题是什么。

法律强制说的要素有三个。命令就是发布者自己意愿的表示，这是第一。第二，宣布一个义务就是宣布一个被制裁的可能性，仿佛说“你可以不做，可是代价却可能是非常不妙的”，所以他人不得不顺从地去做什么。第三，制裁本身就是给出一个不利的后果。

在抢劫银行的歹徒身上，好像可以发现这三个要素都是存在的。第一，歹徒拿枪逼着银行职员交出银行的大批钱财，是一个自己意思的表示，当然也可以说是一个“命令”。第二，他告诉银行职员如果不照着要求去做将会出现不利的后果，自然是一个威胁，又是一个类似“义务”的宣告。第三，假如银行职员拒绝交出，歹徒开枪杀人，这便是给出了一个不利的后果——制裁。

经过这种观察，可以发现法律强制说面临的另一方面的问题是：为什么只有主权者的意愿表示可以成为法律，持枪歹徒的意思表示不能成为？换一种方式问，主权者的意志表达因为有了制裁作为后盾，所以具有了法律的效力；持枪歹徒这类强暴者的“要求”，同样具有意志表现和威吓表现，也以恶果制裁作为后盾，他也掌握了物质化的威吓力量，按理说，他的要求也应该具有法律的效力，在这些方面，两者似乎是没有区别的，可是，为什么不能说后者的意愿表达也具有法律的效力？这个问题肯定是让人感到棘手的。所以，有的西方学者倒以为：如果认为主权者的命令具有法律的效力，就没有理由认为持枪歹徒的“命令”不具有法律的效力。[48]

这般讲来，法律强制说更为致命的弱点在于无法回答为什么主权者的命令可以成为法律，而持枪歹徒的要求不能成为法律。如果将意志表现、威吓表现和实际制裁看作法律资格必要而又充分的条件，就应该认为持枪歹徒这个强暴者的“要求”符合了这些条件，因而也可以叫作法律。

法律强制说赞同者的第一个辩解是：被我们叫作主权者所发出的“要求”，是以一般的普遍的形式来表达的，它面对的是一类人，一类行为，而且在时间上也是不特定的。要求“做买卖者都要诚实信用”“商品在质量上不得以次充好”“离婚父母仍有抚养自己孩子的义务”，是要求所有做买卖的人、所有的商品制造商销售商、所有的父母在

所有的时候，都应当这样做。而在那个恶劣的持枪歹徒的例子里，暴徒只是针对一个被威胁的银行职员“发号施令”，而没有对所有的银行职员发出威胁。

但是，针对这个辩解我们可以这样地批评指出，强暴者的“要求”并不是不能以一般的普遍的形式出现。强暴者要求某一类人在一段时期内必须干什么，并且以威吓作为后盾，这完全是可能的。例如，黑社会分子要求一个地区的老百姓定期交出一些财物— —“保护费 ”，这在许多国家里可是随处可见的；而且，在条件时机成熟的情况下，强暴者遇到一个人抢劫一个，其行为通常也会具有普遍性和连续性。所以，第一个辩解是难以成功的。

赞同者的第二个辩解是：主权者是被大多数人习惯服从的主体（边沁和奥斯丁语），而强暴者并不为大多数人所习惯服从。霍贝尔说：

由歹徒实施的强制绝不是法律。甚至由父母所实施的物质强制也不是法律。法律强制的基本特征是物质力量适用上的一般社会承认……[49]

但是，针对第二个辩解我们可以认为，倘若社会大多数人是习惯服从主权者的，他们一般认可主权者的种种想法，那么，对主权者的意志要求也就不存在“被迫”的问题。换种说法，主权者意志表达之后再有什么“制裁”之类的东西，对大多数人来讲实在是太多余了。可见，用 “大多数人习惯服从 ”和“社会一般承认 ”的概念来区别主权者和强暴者，依然是难以自圆其说。

赞同者的第三个辩解是：主权者的命令具有程序上的特征。因为，其发布要遵循一定的程序，其制裁也要以程序作为依据。而强暴者的要求和施暴就没有这样的特点。强暴者为了获得银行的钱财，无

须一套什么程序之类的东西；对银行职员施加暴力，更无须什么程序的设定。

但是，针对第三个辩解我们同样可以指出，有时那些集团式或者帮会式的强暴者在宣布某些要求或者实施某些暴力的时候，的确会依照“黑色帮规”之类的程序。在其内部，也有这类帮规约束集团成员的各类行为。尽管强暴者的程序并不像主权者的程序随处可见，没有程序的强暴者和主权者在此意义上不能同日而语；但是，具有程序的强暴者和主权者之间在一定意义上，仍然不存在实质性的区别。因此，程序性的存在，似乎不能区别主权者的命令和某些强暴者的“要求”的基本不同。此外，更为紧要的是，倘若认为主权者发布命令遵循了一定的程序，那么就会陷入一个新的理论泥潭：这种程序是哪儿来的？为什么主权者要遵循这样的程序？如果提到这种程序也是主权者颁布的法律，那么，这便会遇到前面分析过的，主权者用命令威吓自己的荒谬结论，会得出，主权者因为惧怕自己的制裁而遵守程序的奇怪结论。如果认为这种程序来自主权者之外的什么主体或者实体，因而可使主权者循规蹈矩，那么，这等于认为主权者的命令的法律效力不在于这种命令本身，主权者命令之外还有更为重要的法律效力的渊源，等于认为，某些根本性的法律不是主权者的命令。

这三个辩解都是不易成功的。因此，人们不免会想到，阿奎那为什么还另有一番自相矛盾的话：无论是谁，“只要他依仗暴力据有权力，就并不真正成为领袖或主人。所以，在必要的时候，一个人是可以不承认这种权威的；除非是它后来经过公众的同意或较高权威的干预变成合法的权威”[50]。

013　法律整体上的强制性

也许是因为十分迷恋所有法律问题最终都可以归结到刑事制裁问题这样一种看法，有些法律强制说的推崇者以为：即使没有理由说，每一条法律规则都必须具有强制的特点，人们也有理由认为，法律在整体上是无法离开强制的。[51]这意思是说，法律总是不能没有义务上的规定，而义务上的规定有时就是不能没有强制制裁性的“后缀”。我们的确难以想象，一个法律制度居然可以没有强制义务的规定。

这样一种叙说方式，比较类似前面讲过的色拉叙马霍斯等人的“强者利益”整体说。在那里，色拉叙马霍斯的追随者，利用了“主要”和“次要”的区别，来强调法律在整体上是“强者利益”的体现。在这里，强制理论的支持者利用“必要组成部分”和“可有可无部分”的区别，来为强制整体论寻找一个让人接受的理由。

既然有人这么喜欢“必要的组成部分”这样一个办法，我们就看看它是否可以成立。

在法律中，可以发现许多种类的规定。像从本书开始直到现在总是提到的权利、权力和义务，可以说是最明显的规定目标。翻开任何一部可以称为“法典”“法律”“条例”“规则”“规章”“法案”之类的文本，都能够发现这三者的规定。应该承认，一些一般性的义务，比如不得破坏他人财产、不得任意打骂雇员、不得滥施暴刑、不得虐待妇女幼儿，以及随之而来的制裁惩罚，自然是这些法律文本必要的内容，而且是整个法律制度中不可缺少的内容。可是，在那些文本中，也都可以发现赋予官员权力、赋予公民权利的内容，它们同样是必要的、不可缺少的。迄今为止，人们尚未能够看到一个法律制度甚至一部单独的法律，里面没有权力及权利的规定。尤其是那些权力，如果没有它们的内容规定，一般性的义务规定以及制裁惩罚如何实施，如何具有实际的功效，恐怕是实在难以想象的，像说明什么是盗窃，以及怎样定罪处罚，就要由被赋予审判权力的法院来决定。

既然可以说，因为任何一个法律制度不能没有义务性的规定以及制裁惩罚的规定，所以，法律制度整体上根本不能离开强制力，从而必须认为强制是法律区别于其他社会现象的基本特征，那么，当然可以说，法律制度不能没有官员权力性的规定和一般公民权利性的规定，所以，法律制度整体上根本不能离开他们的自觉自愿，从而也有理由认为，自觉自愿才是法律的基本特征。更何况，义务及制裁的规定是由正式的官方来决定的，有什么理由只能说强制而不能说自觉自愿，才是法律的基本特征？[52]

如此看来，即使强调“必要组成部分”这一条，也不能得出强制才是法律的基本特征而自觉自愿不是的结论。

014　国家的“包装”

从法律意志说到法律强制说，一个特别明显的特点就是将政治上的优势者抬到了法律思想的中心。可是，这种处理方法又牵出了一个特别明显的困难：不能说清楚主权者的命令和强暴者的“命令”究竟存在什么区别。所以有些学者想到了一个“包装 ”手段，即用“国家”来包装一下主权者，他们以为，如果主权者有了“国家”这件新衣裳，也就可以解决区别主权者和强暴者的困难。

霍布斯讲，作为一种定义，法律对每一个一般人来说就是国家用语言、文字或其他意思表示来作出的命令，“立法者就是制定法律的人，然而又唯有国家才能规定并命令遵守我们称为法律的法规；因之，国家便是立法者 ”。[53]他还说道，所有的成文法与不成文法，其权威与效力都是来自国家的意志。[54]换句话说，有了国家的制定或者认可，便可以不断地生产社会所需要的法律了。当然，霍布斯没有忘记国家的代表仍然只能是主权者。[55]

这类国家“包装”的方法运用时至现代，都为某些西方学者所青睐。法国哲学家马里旦（Jacgues Maritain）说：

国家只是政治体中特别与维持法律、促进共同福利和公共秩序以及管理公共事务有关的那一部分……国家不过是一个有资格使用权力和强制力，并由公共秩序和福利方面的专家或专门人才所组成的机构…… [56]

这种看法隐含了一个重要看法：国家先于法律存在。

那么，国家到底是什么？热衷于“政治学”透视的法律理论的回答可谓千差万别，不过有一点总是一致的：将它看作一个在特定区域里，一些把持着统治权力的人对另外一些没有这类权力的人的统治。国家当然是一个实体，在这个实体中，可以看到的就是统治与被统治的关系。此外，在国家里，还有警察、法院、军队、立法机关、监狱……有了这些人物和机构，就可说有了国家。

可是，这样设想国家有一个很大的困难，这就是，如果以它为确定国家与法律的关系的标准，将会时常遇到像“先有鸡还是先有蛋”这类讨厌的问题。

有了统治与被统治的关系，有了警察、法院、军队、立法机关、监狱等机构，虽然可以说是等于有了国家，但是，除了统治/被统治关系和军队这两者之外，为什么人们会将社会中的一类人、一群人或者事物叫作警察、法院、立法机关或监狱？有的时候，在社会某些角落里，也会有一些人——比如地方恶霸——自称警察、法官、立法者，也会设立一些类似监狱的地方。为什么人们不会把“警察”“法官”“立法者”“监狱”这些词汇用在其身上？显然，只有当存在一个可以参考的法律规则的时候，人们才会对其使用这些词汇。没有法律规则，恐怕只能用“私设公堂”“乱立帮规”“非法审判”“非法拘禁”等词汇来描

述这些人和事物了。如果是这样，岂非先有了法律规则，才能确定警察、法院、立法者、监狱这些国家要素，进而确定国家的存在？如此又如何能说，国家先于法律而存在，法律是国家制定的并且体现了国家的意志？[57]马里旦总是思考国家是一个制度，一个机构，可是这种制度和机构离开法律说得清楚吗？说不清又如何用它们来给法律穿件新衣裳？国家和法律到底谁是首先出现的？

有人也许会说："警察""法院""立法机关"和"监狱"这些人物或者机构太多余了，完全可以把它们扔掉，只用统治/被统治关系、军队来确定国家，而这种关系和军队总不会离开了法律规则就不能说清吧？

这的确是一个思维简明清晰的想法。但是，仅有统治/被统治关系和军队，我们又会遇到"强暴者"难题。前面已经说过，强暴者也有强制的暴力手段，如果认为法律是强制的命令，就很难澄清主权者的命令和强暴者的命令究竟存在什么区别。在这里，可以同样认为，有些有组织的强暴者也控制着一定的区域，与被强暴者也有着统治关系，也有军事武装，如果统治/被统治关系和军队是国家的要素，就应该承认有些强暴者也组成了国家。如此，又说不清国家和匪徒之间的区别了。实际上，当人们使用"国家"这个词时，总是没有或者不愿意将其指向强暴者那样的统治和武装。

看来，"国家"这件新衣裳尚不能使法律焕然一新。

015　普遍性的白纸黑字规则·特殊情况

在引言中，我们提到过一个"常识的法律思想观念"。这个观念特别强调两个概念：一是白纸黑字；二是规则的普遍性。白纸黑字是说，法律要有一个公开性明确性，让人看得见摸得着。"法律作为一种

行为指南，如果不为人知而且无法为人所知，就只能成为空话。”[58]规则的普遍性是说，法律对所有人都是一样的，不存在“特殊情况特殊处理”。18世纪颇为浪漫的法国启蒙思想家卢梭说：

我说法律的对象永远是普遍性的，我的意思是指法律只考虑臣民的共同体以及抽象行为，而绝不考虑个别的人以及个别的行为。[59]

在此，我们先看一个例子。众所周知，公元前三千多年，一些称作奴隶制的城市国家在一个叫作美索不达米亚平原的地方此起彼伏，它们有苏美尔、拉格什、乌尔、阿卡德、巴比伦、亚述、赫梯，等等。虽然彼此不同，它们可是又大致地使用了苏美尔人的楔形文字。法律史学家都说，那个时代的人就是用楔形文字来镌刻自己的法律，好让人们看得清楚明白。《简明不列颠百科全书》宣布，尤其是巴比伦王国的《汉穆拉比法典》，更是刻在一根暗灰色的正长岩（syenite）石柱上，以示地久天长，永不模糊。无独有偶，学过法律的人也都知道，古罗马人为了有案可稽，同样在罗马广场上立了10大块像铜板或者木板一类的“表”，在上面刻上举世闻名的“表法”，后来又找来两块“表”刻上了新的法律内容，终于让后人永远忘不了古罗马有个《十二表法》。罗马人也想让世人看得清楚明白。

这种传统默默地被保留了。后来的许多法律，不是被刻在石头上、木头上、铁板上，就是写在白纸上。它们的目的都是一个“白纸黑字”的效果。法律由此被许多西方学者说成“具有明确性”。奥斯丁说，法律十分重要的一个特点便在于用文字或其他标记显示出来。[60]霍布斯讲：

除开自然法外，所有其他法律都有一个必不可缺的要点，那便是以大家知道是来自主权当局者的语言、文字或其行为向有义务服从的每一个人公布。[61]

而法律要以文字来公布，目的就在于让所有人都知道，从而使法律有普遍性。所有人看到法律，便知道应该做什么或者不应该做什么，这样，人们的行为就可以整齐划一了。与色拉叙马霍斯几乎同年代的亚里士多德早就提醒人们注意：人的行为繁复多样，但是那些法律的规定中的每一条却是单一的，从而也必须是普遍性的、一般性的。[62]稍后的古罗马政治家西塞罗宣称：法律是合法和不合法的尺度，允许做什么或者禁止做什么的一般规则。[63]到了中世纪，阿奎那也郑重其事地断言："法是人们赖以导致某些行动或不做其他一些行动的行动准则或尺度。"[64]

通常来讲，如此理解法律没有什么不对。当法律制定出来以后，不少还是像最初设想的那样效果十分不错。不过，白纸黑字的普遍性规则，有的时候好像不那么管用。如果真是不太管用，这又将迫使人们必须反过来想想如此理解是否"放之四海而皆准"。

注意一个民法学者时常提到的传说例子。

据说，古罗马发生过一起令人头痛的案子。一个年轻人想买座房子，而一个老年人想卖掉一座房子。经人介绍，两人认识了，而且达成房屋买卖协议。协议签订后的第二天，一场大火把房子烧了，但是巧的是，火只烧毁了房屋的一部分。年轻人说，房子不要了，因为房子毁了一部分，而毁了一部分的房子根本不是他想要的房子。老年人说，这可不行，协议已经签订了，既然已经签订了，房屋自然就属于你了，是福是祸自己承担。

当时法官感到十分为难。这倒不是因为法律没有明确的规定，而是因为法律讲，在房屋买卖协议签订后，房屋发生意外的时候，如果房屋的幸存部分仍然属于合理的范围之内，则应当把它看作一间房屋，如果仍然可以视为一间房屋，则房屋买卖契约有效；反之则是无效的。由于法律条文中有一个需要进一步说明的"合理"的概念，法官

只得提到古罗马皇帝查士丁尼（Flavius Justinianus）在《学说汇纂》的权威圣谕：遇到这种情况，要看剩下的房屋是否幸存一半以上，如果是一半或者一半以上，则算是“合理的 ”；反之则“不合理 ”。那个时候，《学说汇纂》就是法律的一部分，有人甚至说它是法律中的法律。[65]

稍微动一下头脑就可以发现，这条法律以及查士丁尼的“谕旨”似乎不大好用。假如房屋幸存的一半是整个房屋中最没用的，“合理”岂不成了“不合理 ”？买房子，主要是想着房屋最有价值的那部分而来的，这部分都没了谁还想要它？更巧的是，老年人要卖的那间房屋正是烧了最吸引人的一半。法官后来如何判决不得而知，据说年轻人败诉了。

对这个案子，我们容易想到两个处理办法。第一，严格照白纸黑字的规则以及查士丁尼的“圣谕”来办。因为，这是“法律 ”。一般人都会认为，既然法律是白纸黑字的普遍性规则，自然要以它为准。查士丁尼“圣谕”讲明了就是“一半 ”，那就以“一半”作为依据。老年人的房子还剩下一半，哪怕再“惨不忍睹 ”，年轻人也得接受。第二，虽然说查士丁尼的圣谕规定了“一半 ”，但是这也只是说明了 “合理 ”的意思。换句话说，“合理”有许多意思可解，“一半”只是其中一个。而且查士丁尼也没说过，除了他的圣谕之外就不能再有第二个“合理”的解释。如果是这样，那么就没有理由排除另一个或者多个“合理”的说明。显然，现在老头的房子只剩下最没用的一部分，人们可以认为它不是“合理的”部分。另一方面，即使依照查士丁尼的圣谕来断案，也不能认为“一半 ”只意味着“空间 ”，而没有“功能”的意思，这是说，房子空间的一半与房子功能的一半是两个相互联系的概念，老头的房子现在是空间的一半，而没有功能上的一半— —因为房子的大半用处早已化为灰烬— —如此，只能说他的房子不够“一半 ”，从而判老年人接受不利的后果。

第一个办法叫作严格处理，第二个办法叫作灵活处理。赞同前者的肯定会有不少人，他们会以为，严格处理可能对年轻人有点不公平，可是法官只能这样判决，再有不公平的地方也是立法的问题，而不是司法的问题。可以要求立法加以改变，但这个时候只能“依法办事”。赞同后者的自然也大有人在。现在，主要看看后者。

亚里士多德讲：法律没谈到或者法律虽然有涉及但不周详的问题是无法避免的。[66]成文的法律不可能详细解说所有的情形，只能提出“一般”；这种“一般”又不能包括所有的情形，而只能包括大多数情形。[67]他说：

成文法对讼事不利，就利用普通法和平衡法。[68]

亚里士多德后面说的“普通法”“平衡法”是怎样的意思，不必深究，只当它指习惯、情理或者道德一类的东西即可。反正，他说了在特殊情况下当然可以特殊处理。

奥斯丁秉承了亚里士多德“灵活中庸”的理论风格，也在主张白纸黑字的普遍规则的原则下，为“特殊情况特殊处理”开了一道后门。他以为，当白纸黑字的规则不能确定地运用于具体案件的时候，法官就只能像立法者立法那样，为立法者代劳了。在他的头脑中，法官可以在各种“渊源”中获取法律资源所需的各种成分，从而确立一个处理具体问题的新规则。[69]

对于奥斯丁来说，那种灵活的处理方式在法律的整体运作中只是一些不足挂齿的特殊情形。法律中最为主要的是白纸黑字的普遍规则。但是，让奥斯丁始料不及的是，对“灵活处理”网开一面，便会使白纸黑字和普遍性的观念无法前后连贯，而且，会使这个观念面临另一对立法律观念的严厉挑战。

假如在前面的案子里，法官的确是灵活地解释了查士丁尼的“圣谕”并且判决老年人败诉，那么，这种判决是不是法律判决？可以想象，奥斯丁不会否认这是法律判决；不仅如此，一般常人也不会否认法院的判决就是法律判决。如果的确是法律判决，那么其中的法律又是什么？人们也许一时无法说清其中的法律是什么，可是有一点却是确凿无疑的，即其中的法律肯定不是白纸黑字的古罗马官方公布的规则和查士丁尼的“圣谕 ”。既然不是它们，判决中的法律怎会具有明确性和一般性？换句话说，在法院判决之前，谁能明确地知道法律是什么（明确性）？明确地知道自己以及他人应该做什么或者不应该做什么（普遍性）？

在这个问题上，卢梭似乎是明智的，在坚持法律明确性和普遍性的同时，绝不对“特殊情况特殊处理”退让一步。他说：“法律既然结合了意志的普遍性与对象的普遍性，所以一个人，不论他是谁，擅自发号施令就绝不能成为法律。”[70]或许他意识到，退让一步便意味着动摇“明确性 ”和“普遍性 ”之根本。但是，奥斯丁允许特殊处理也是事出有因。不论怎样，我们一定会发现，从古至今的法律实践都表明，法官从未彻底离开过灵活的断案方式。法官这般“不本分 ”，是一个无法改变、无法阻止的事实存在。实际上，在理论上也可以看出，法官之“不本分 ”，在很大程度上是因为普遍性的规则本身就需要法官的理解和解释。

至此，我们可以理解，奥斯丁为什么在坚守“白纸黑字的普遍规则”的同时，又暗中对法官的“自己处理”网开一面。可是因此，也必然存在了严峻的理论困难：假使的确不能阻碍法官在年轻人与老年人那类案子中作出“灵活”的判决，而法律思想总要尽可能地说明全部的法律现象，包括这个案子中的灵活方式，那么，“白纸黑字”和“普遍性规则”或许就不是首选的最佳概念，它们不是“放之四海而皆准”的。反之，在法官“自主灵活”的行为中，可以得出一个这样的结论：如果法

律在其中的确是存在的，那么，它必定不是“白纸黑字的”，也不是“普遍一般性的”，倒是一种“观念的”和“具体个别的”。

小　结

主张“白纸黑字的普遍规则”的观念，既是“政治学”透视一类的法律思想的一个直接结论（当然不是必然的），也是其中的一个组成部分。认为法律是强者的利益、强者的意志而且具有“国家”外衣的包装，总会将思路引向清楚明白的一般规则。在色拉叙马霍斯、霍布斯、边沁和奥斯丁的学说中，可看到“政治学”透视的这四个主要观念。在本书里，首先对其进行了解说和解构，因为，它们不仅历史悠久，影响广泛，最容易和人们的普通意识“心有灵犀一点通”，而且是理解其他与之彼此分歧的西方法律思想和开辟我们自己新思路的必要途径。

第二章 “社会学”的观察

社会学的观察，直接来说就是观察人们在社会中究竟实际上做了什么。在法律思想的语境中，社会学的方法，大致就是运用已经出现的与法律有关的人们活动作为解剖分析的材料，从中解释原因、效果、特征之类的问题；如果有可能和必要的话，还进一步对社会可能发生什么作出一番预测。其实，提起“观察社会活动”，政治学的透视也是一种观察方式。色拉叙马霍斯、霍布斯、边沁和奥斯丁，都在观察社会中的“强者”“主权者”或者“管理者”的活动，观察他们是如何立法的，如何给社会下层制定规矩的。如此讲来，政治学的方法也是经验实证的，好像也可以说是属于社会学的。

不过，在西方法律思想中，政治学方法和社会学方法虽然说都是属于经验实证的，但是，两者仍然是有所区分的。政治学的方法在分析过了主权者的立法以后，将注意力特别放在了“白纸黑字的一般规则”上，以至整个法律思考的全部内容似乎就在于“规则”这个焦点。霍布斯有时就乐观地说：

……当问题是根据成文法而来的侵害或罪行时，那么每一个人只要由自己或旁人查一下法律典籍就可以（如果他愿意的话）在进行这种侵害或犯下这种罪行之前充分地了解到这是不是一种侵害。[71]

坚持“政治学”观念的学者一般都会像霍布斯那样，在遇到实际问题的时候总会将规则看作演绎推理的大前提，从大前提出发进行推论，从而得出一个法律结论。这是说，他们强调了法律的“规范性”。与此不同，社会学的方法并不这样乐观，它不仅要分析主权者的立法，而且特别注意主权者作出的一般规则在实际的运作过程中到底是

怎样的；更为有意思的是，它要在这些运作中寻找法律的踪迹。它以为，假如一般规则经过人们的实际活动变得面目全非，对人们并没有实际的效力，那么它便不配头顶“法律”的桂冠，在社会实践中，将其视为一般规范性的指引，那可是误导别人的。

016　有争议的案件：里格斯诉帕尔玛

在“传说”性质的古罗马年轻人与老年人的房屋买卖案中，我们可以发现，法律上的解决方法并非只是一个。当然可以认为，依据一般规则的条文和查士丁尼的“圣谕 ”，年轻人只得收下没有什么价值的一半房屋；但是，也可以认为，`查士丁尼的“圣谕”另有含意，即“一半”是有用的一半，没有用的一半就不能叫作“一半 ”，即“合理的”房屋了，于是，判决老年人败诉。应该承认，两种解决方法都是有理由的。大凡这类见仁见智的案子，可以称为“有争议的案件”。

现在看一个“实际发生过”的案件。

19世纪90年代，美国纽约州的法院审理了一个叫作里格斯诉帕尔玛（ Riggs v. Palmer）的案子。帕尔玛（Elmer Palmer）是个年轻人，深得祖父的喜爱。他的祖父是当地远近知名的富翁，在身体还十分健壮的时候就立下了遗嘱，将名下的全部财产留给帕尔玛。老人的老伴儿已经去世了。有意思的是，几年过去了，老人不仅没有死去，而且似乎是越活越年轻。令帕尔玛不安的是，老人又认识了一个少妇并且打算与其成亲。帕尔玛有些担心，担心祖父改写遗嘱，一急之下便将老人毒死了。帕尔玛明白刑事责任是无法逃避的，但是仍然自认为不会因此而丧失继承老人全部遗产的权利。老人的两个女儿一方面为父亲的突然死亡而伤心，另一方面又庆幸父亲的死因是唯一继承人的谋杀。显然，这样一来，她们便是遗产的法定继承人。因此，在帕尔玛遭遇刑事起诉的同时，她们（主要是其中一个叫里格斯〔Philo

Riggs〕的）又把他起诉到了民事法庭，要求法院发布撤销帕尔玛继承权的命令。

可是，19世纪90年代的纽约州《遗嘱法》什么都规定了，就是没有规定如果遗嘱中指定的继承人杀害了被继承人应该怎么办。大家承认遗嘱是有效的，帕尔玛也必须被判刑；但是他的继承权应当如何处置，大家就有争议了。帕尔玛的律师说，就像某人不能因诽谤了他人名誉而失去自己的名誉一样，帕尔玛也不能因为杀害被继承人而失去继承权；《遗嘱法》的一般规则制定得清清楚楚，既然是有效的遗嘱，就应当将遗产全部交给帕尔玛；两个女儿说，杀死被继承人还能得到遗产太荒谬了，如果父亲在世，知道凶手想杀害他，是绝对不会将遗产留给他的。如此再将遗产交给帕尔玛显然是有违死者意愿的。[72]

在这个案子中，我们可以找到几个有道理的判决意见。

先看甲的意见。甲认为:

第一，刑事处罚必须要以刑法的明确规定作为标准，丝毫不能含糊；与此类似，是否丧失继承权利要以《遗嘱法》的白纸黑字作为依据。《遗嘱法》写得再清楚不过了：遗嘱只要符合法定要件便是有效的遗嘱。帕尔玛祖父立遗嘱的整个过程和手续都是毫无瑕疵的，步步符合了《遗嘱法》的要求。既然如此，便必须执行遗嘱以赋予帕尔玛继承权。否则，就是违反法律的规定，非法地剥夺别人的继承权利。非法剥夺公民的权利或者强加其义务对其来说是不公正的，因为人们事先并没有被告知在法律上应当做什么或者不应当做什么，怎能要求他必须如此或者那样?

第二，假如存在随时被权威机构剥夺权利的可能性，对社会秩序也是有害无益的；在这种条件下，一般公民将手足无措，不能正常地

安排社会生活。

第三，帕尔玛在道德上是必须给予指责的，允许其继承遗产可能将变相地鼓励这类没有道德的行径；而且，就被继承者的本意而言，如果他知道将被自己选定的继承人杀害，他极为可能对遗产另外作出处理。然而，这些都是法律之外的价值判断与猜测。如果允许价值判断和猜测影响法律的明确规定，人们将会陷入永无休止的争论与对立。道德不太明确，而法律就不能这样模棱两可了。

第四，即使在这里法律是有漏洞的、不足的，那也应该由立法机关通过立法方式加以解决；法官作为法律的适用者不能对法律自作主张，否则，就是失去了政治上的正当性，因为一般公众将立法权力托付给了立法机关，而没有托付给法院。

因此，帕尔玛胜诉。

再看乙的意见。乙认为:

第一，在那些明确规则的背后，可以发现潜在的价值观念和基本原则。在制定法律的时候，没有价值导向和原则基础是不可思议的。在《遗嘱法》明确规则的字里行间中，潜在的价值观念和原则基础是允许人们自由地处分自己的财产，尊重财产所有人的真正的自由意志。如果对这些知之甚少或者毫无觉察，根本不能理解明确规则的确切要义。就这点来说，应该认为合理地设想遗嘱人不愿意将遗产交给谋杀者，是颇为在理的。

第二，法律制度中的各种规定和各种判决不能自相矛盾，此乃天经地义。如果在那些规定和判决中，可以找到一个共同原则，比如，不能因过错而获得利益，那么，就应该将其贯穿始终，在帕尔玛案中

判决谋杀者失去继承权。否则，不仅会导致法律制度的自相矛盾，而且会冲撞法律的另外一个原则— —相似情况相似对待。

第三，立法者在制定和修改一般明确规则的时候，为了避免自相矛盾同样会考虑原则这个基础，于是，法院根据原则解决问题将会与立法者殊途同归，这样，便不存在“僭越立法权”的正当性难题。

因此，帕尔玛败诉。

再看丙的意见。丙认为:

第一，法律的明确规定是立法者意志和意图的表现，其含义必须以立法者的所想所思作为依据。“僭越立法权”一类的正当性忧虑，不是敦促人们去尊重规则的具体文字，而是要求人们以立法者意图作为标尺。如果对条文明确规定的理解和立法者意图的理解存在着天壤之别，就应当以对后者的理解作为依据。可以想象，立法者在制定《遗嘱法》的时候预见了这类谋杀行为，显然不会对它视而不见，肯定会剥夺谋杀者的继承权。所以，在判决此案的时候必须将立法者的意图视为法律的一部分或者基础，否则才会真正产生正当性的困惑。

第二，法律应该具有中立性和客观性，但是只有在明确知道立法者的意图的时候才能保持中立和客观。人们总会对白纸黑字的规则产生不同的理解，如果仅仅以一般规则的文字作为根据，法律的中立与客观就会无影无踪。

第三，在某些问题上，人们可能难以设想立法者的心思，可是在基本的道德是非上，人们完全可以将立法者的意见再现。帕尔玛神志清醒、思维正常，他可以而且应该知道立法者对其没有道德的行为会有怎样的意见。这样，根据设想的立法者意图判决剥夺继承权，对他

来说是十分公平的。在基本道德是非上，帕尔玛不能以“预先无法知道法律的明确规定”作为理由来要求保留继承权。

因此，帕尔玛败诉。

实际上，19世纪90年代的纽约州法院还真是按照乙的看法对帕尔玛说了“不 ”。法院指出，在“必须遵守合同约定 ”的法律条文的背后，可以发现 “诚实信用 ”原则；在“不得伤害他人 ”的法律条文的背后，可以发现“保护个人权利”原则。同样，继承遗产的条文也依赖 “不得有过错”的原则。试想，《遗嘱法》怎么可能容忍继承人谋杀被继承人而获得遗产？！因此，法律包括了原则，违反了原则当然是违反了法律。

在这个有争议的案件中，究竟怎样预测帕尔玛的命运，是一个次要的问题，重要的是要注意：当争议出现的时候，《遗嘱法》中的一般规则经过法院的解释到底变成了什么，在法院的最后判决里，法律到底是什么？前一个一般规则的“法律”与后一个判决中的“法律”（如果可以称为法律的话），区别在哪里?

017　霍德利主教的名言：重要的是解释者

在里格斯诉帕尔玛案中，纽约州《遗嘱法》的确提到了一个一般规则，当帕尔玛没有行凶，老人平静地死去，谁也不会否认规则的含义就是“遗嘱有效则必须执行”，可是现在，出现了问题。

如果站在一个局外人的立场，我们将不得不承认，法院在规则的含义上可是具有决定性的作用。只要规则需要法院解释，而且法院又是“毫不客气”的，那么再不情愿也得接受这个事实。1717年，本杰明·霍德利主教（Bishop Benjamin Hoadly）切中要害地指出：“无论是谁，只要他有绝对权威解释任何成文法或成言法（ spoken laws），那

么，就是他而非先写先说的人，才是真正表达所有意图和目的的立法者。”[73] 如此说来，《遗嘱法》中的规则经过法院解释就变成了“法院所说的规则”。

美国学者格雷（John Chipman Gray）提醒人们注意，法院的推论模式尽管是演绎的，从大前提向案件事实这个小前提推进，但是，大前提的形成是十分复杂的，而且其本身也不是前面提到过的“白纸黑字的一般规则”。法院在形成大前提的时候，当然考虑了主权者制定的白纸黑字，然而，形成过程却是结合了诸如政策、道德、政治原则之类的价值考虑和对白纸黑字规则的具体解释；只是在解释结束的时候，才会出现一个可以适用于具体案件事实的法律规则。法院的这个规则，也许会和人们一般理解的白纸黑字规则十分类似，也可能与之相去甚远。然而无论怎样，正是解释出来的规则，才是法院进一步推论的大前提。

格雷是想告诉我们，真正的法律规则不是预先存在的，并不是由法律适用者所发现的，而是由这类人解释制定的。白纸黑字的规则最终需要适用者的解释，因为，白纸黑字不过是制定者的一种表达而已，它们写出来是为了让法律适用者适用或者解释，并且在必要的时候让其来决定这种表达的含义。白纸黑字的“法规无法自己解释自己，它的含义是由法院来宣布的，而且正是基于法院宣告的含义而非其他含义，法规才作为法律强加给了社会……法官处理法规的权力是无与伦比的”。[74]

这里我们需要解释一个概念——法律的渊源（sources）。这个用语是指法律的出处，换句话说，是讲法律从何而来。格雷尤其喜欢这一用语，他说道，法律的渊源是指法律适用者解释后的法律规则赖以形成的依据。如同一棵幼苗要吸取许多地里养分而成为树木一样，法律也要在许多渊源里“吸取因素”。由此可以认为，白纸黑字的规则只

是法律的一个渊源，而不是法律本身。我们都会将幼苗看作幼苗，不会因为它吸取了养分从而认为养分也是幼苗；同理，法律从白纸黑字规则以及其他渊源那里而来，没有理由认为渊源也成了法律。必须区分法律和法律的渊源。白纸黑字规则和习惯、法律专家的意见、伦理原则、政策同属一类，是法律的渊源，而不是法律本身。恰恰是结合这些渊源和具体案件的事实，法官才在判决过程中“制定”了法律规则。而这种法律适用者“制定”的法律规则，才是真正的法律。格雷讲道：

国家法律或者任何人类组织机构的法律，是由法院即人类组织机构的司法组织为确定法律权利义务而制定的规则所构成的。在这个问题上，相互争论的法学流派之间的分歧，主要产生于没有对法律和法律的渊源作出区分。[75]

如此看来，法律并不存在于白纸黑字的一般规则里，它倒是法官主观精神中的意识观念。在具体判决中，我们才得到了最终确定的法律。在里格斯诉帕尔玛案里，最后的法律不在《遗嘱法》白纸黑字的规定中，而在法院的解释和判决中。

有人可能认为，霍德利主教恐怕是言过其实了。格雷的观点也是过分的。在里格斯诉帕尔玛案中，法院难免要在规则的意思上说点什么，可是这不意味着它的解释就一定是正确的。各种解释说明中总有一个是正确的。如果只有一个才是正确的，那么事情就只能是“法院解释法律是对是错”，而不是“法院解释决定一切”。

现在，我们再将前面说到的三种对帕尔玛不同处理意见继续演绎一下，看看是否可以得出某个是正确的结论。

看一下甲。甲继续认为：

第一，即使依照乙的看法，法律包含着一般价值观念和原则，我们也应该想到法律的价值和原则并不仅仅限于公平正义——不得因过错而获得利益——的内容。法律的稳定性和可预测性，同样是法律的重要价值和原则。有什么理由非得认为，作为价值和原则的稳定性和可预测性应该让位于公平正义？判决帕尔玛获得遗产是正确的，而且极为可能优于相反判决。因为，法律的明确规定要比“公平正义”的“不能因过错而获利”的原则，具有更为明确的内容，因而具有更高的可预测性。对于一般人来说，这种形式上的稳定性和可预测性要比实质上的公平正义更为重要。只有明确知道法律是什么，一般人才能明确知道自己应该做什么，不得做什么。

第二，就立法者的意图来讲，如果认为有时法律的文字存在着模糊性因而需要解释，那么，有什么理由认为立法者的意图就不存在这种情况？完全可以看到，有的时候那些表现立法者意图的笔墨资料同样是模糊的，同样需要解释。相形之下，法律的“白纸黑字”要比这些资料更为严谨、更为清晰，还没有见过哪位立法者在使用文字立法的时候不遵循严格的语法规范，但是在相关资料说明中，他就没有这么认真了。

看一下乙。乙继续认为：

第一，甲的反驳意见正是说明了一般价值和原则的重要性。当你认为适用法律的“白纸黑字”的理由在于稳定性和可预测性的价值和原则的时候，你实际上考虑了各种法律价值和原则，在其中权衡了孰轻孰重；并且在此基础上相信一种价值原则胜过另外一种。这种思考本身就预设了运用法律明确的文字规定应当以一种价值或者原则作为根据，并且预设了，价值原则是法律的一部分。

第二，既然我们大家都意识到，帕尔玛的命运最终取决于价值原则上的取舍定夺，而各种价值原则实在难以说清哪个是更为根本的，

那么，就应该用“民主多数决定”作为唯一的取舍标准。而民主多数总是要尊重一般百姓的意见，所以，我们应该好好思考一下一般百姓的感觉是什么。不难发觉，一般百姓是不会容忍杀人后依然可以获得遗产的，允许杀人谋财和一般百姓的是非观念是相去甚远的。

看一下丙。丙继续认为：

第一，在解释文本本意的时候，“对话资料”优于“陈述资料 ”。这是说，通过面对面的对话交流来了解一个人的文本本意，显然优于仅仅阅读他的自述材料。作为立法意图说明的有关资料，通常是以对话交流形式来表现的；而法律的“白纸黑字”便类似某人的自述材料，运用前者来理解法律的本来的意思要比后者来得更为可靠。所以，法律内容不能不包括对立法者意图的说明，甲对立法意图的轻视是不能成立的。

第二，设想一下，立法者面对这类谋财害命的时候怎么可能熟视无睹？此案之前没有作出相应的规定，完全是因为当时的立法者没能预见到这种情形；如果预见到了，肯定会作出“剥夺继承权 ”的规定。

我想，对于甲乙丙三种看法，较为贴切中肯的评论是：都有道理，难说谁是唯一正确的。既然到了这一步，我们也就可以大致理解，为什么霍德利主教和格雷会这样“使人觉得有道理”。

018　法院判决的最终效力

在没有争议的简单案件中，人们容易觉得文本中的“白纸黑字”规则约束着法官的判决，但是在里格斯诉帕尔玛那类有争议的疑难案件中，可以清楚地发现，法院就规则含义作出的判决具有最终性，也即法院最终决定了规则在法律适用中的含义。而且，更为有趣的是可以反过来设想，在简单案件中，可能并非是“白纸黑字”的规则约束着法

官，而是，要么法官自觉自愿适用了这类规则，要么有时并不能将这类规则直接适用于案件，法官对撇开“白纸黑字”的判决，仍然不存在受约束的问题。在对里格斯诉帕尔玛案的三种不同意见中，后两种对判决结果没有什么分歧，而是对法律是什么有不同的观念和解释。它们都认为，帕尔玛必须丧失继承权，可是对法律上的理由各有理解，有一个以为，价值原则一类的东西是法律，从中可以得出帕尔玛不能继承遗产的结论；另外一个则说，立法者意图，哪怕是被法官设想的合理意图也都是法律的一部分，故而帕尔玛的继承权利必须剥夺。假如在这个案子中，只有这两种不同的意见，而没有第一种赞同帕尔玛仍有继承权的看法，我们自然可以说它是个简单案件。在这种情形下，仍然可以看到，法官没有受到“白纸黑字”规则的约束。

在前面一章，我们看到，法院的审判义务是一种积极的、自觉自愿的义务，在这种义务背后不可能存在强制性。如果这是没有争议的，那么，当法官的审判包含对“白纸黑字”规则含义解释的时候，法官对规则的理解、解释的背后，也不存在其他种类的权力机构可以实施的强制力。事实上，从法院的实际操作上看，并不存在某种外在东西，可以约束法官只能作出一种判决。只要乐意，法官可以作出任何判决。

所以，格雷另有理由维护自己的观点。过去的一般法律思想，总是想象法官是在发现法律而不是制定法律，总以为“司法”这个语词，本身就是表明法官是在掌管法律，法律已经是实实在在地“贴”在一个地方了。这些一般思想认为，法官在说法律是什么的时候会犯错误。但是，格雷却大唱反调，说它们在实践中没有任何意义。他还提出了一个对比：法官思考法律的范围完全不同于牛顿思考自然物理现象，对自然现象的描述可以因为错误而失效，可是法官对法律范围的描述即使错误，也是有效的。行星的运转，当然不会理睬牛顿的错误陈

述，但是案件中的当事人却不能不理会法官的错误陈述，法官的陈述再怎么错误，也是法律。[76]

1903年，美国法院审理了一起劳资纠纷——达维斯诉莫尔根（Davis v.Morgan）。这一年，一个公司雇主和一名雇员签订了一份雇佣契约。公司许诺，雇员的工资为每月40美元。契约签订不久，另外一家公司特别欣赏这位雇员的才华，对其说道，只要他肯来，每月工资将多出25美元。工资是一低一高的，让这位雇员坐卧不安。雇员对原公司挑明，如果不能加工资，他只能另谋高就，决不犹豫。原公司没有办法，只好答应每月增加20美元，但是要求在年底一次付清。这样，雇员就留下来了。可是到了年底，过了一次付清的日子，原公司却没有兑现承诺。雇员毫不犹豫地在法院起诉了。法院对这位雇员说：你不能胜诉，因为，一年来你一直是每月领取40美元，这表明你实际上接受了每月40美元的工资条件，既然如此，再判给你120美元——20美元乘上6个月——显然是不合适的。[77]

在说英语的国家里，一些法院，尤其是上级法院的判决对后来的案件审理具有约束力，这叫判例法制度。通常来说，当一个判例具有约束力的时候，人们可以在其中大致发现一个“白纸黑字”的规则。在达维斯诉莫尔根案这个判例中，我们可以认为，“实际行动属于变更契约的意思表示”就是规则。这是说，雇员一年来每月领取40元，他实际上表达了一个变更契约的意思：把每月60元工资变为40元。在这里，我们将法院判例中的“规则”看作类似立法者的立法规则，来讨论一个说明法律适用者具有最终权力的例子。

1921年，美国法院又审理了一个类似的案子：施瓦兹赖克诉鲍曼-巴施公司（Schwartzreich v. Bauman-Basch, Inc.）。在这个案子中，服装设计师施瓦兹赖克（Louis Schwartzreich）与一个叫鲍曼-巴施服装公司签订了一份雇佣契约。服装公司答应，报酬为每星期90美元。

另外一个服装公司发现，施瓦兹赖克设计的服装十分具有潜力，决定以每星期100美元的工资聘请他。施瓦兹赖克像上面一案中的雇员一样，对前一个服装公司说，如果不能提高工资将选择更好的收入条件。这个公司无奈，只得答应付给他每周100美元。不过，公司同样说必须在年底一次补齐。一年过去了，公司同样是说话不算数，施瓦兹赖克告到了法院。这次，施瓦兹赖克的运气显然要比上面一位雇员好多了，法院经过审理就判公司立即支付应补的工资，仿佛全然不知有一个达维斯诉莫尔根案的判例摆在那里。

人们可以对后一案子的法律解释和处理提出许多不同的意见，甚至认为，这简直是大错特错的。可是，法院仍然可以按照自己的法律理解作出判决。而且，对于败诉的服装公司来说，再如何不服也要如数支付那笔工资。从法院判决的最终性可以得出这样一个结论：对前面一案的雇员、施瓦兹赖克和其他各个公司这些权利义务的承担者而言，真正具有法律实际意义的不是判决之外的“白纸黑字”规则，而是法院判决本身。从法院的判决结果上看，认为它可能错误是意义不大的。即使判决错得无法再错了，权利义务承担者也要接受。

如此，我们可以进一步理解，为什么格雷会特别喜欢霍德利主教的观点。

019　规则和具体判决

从格雷的观点可以得出如下重要结论：法律适用者一直都在适用预先并不存在的、当事人并不知道的法律规则。从这一结论可以进一步推出：法官是在不断地溯及既往地适用法律，这是说，法律只是在实际案件发生之后，才被适用于案件之中的。格雷并不讳言这些结论。他只是偶尔强调，法律适用者判决案件的时候虽然是溯及既往地

适用了法律，但不是随心所欲的。因为，法官是在法律渊源的基础上，而不是在自己的喜怒哀乐的基础上，来决定法律规则是什么。[78]

在前面的叙述中，我们可以发觉，格雷的理论已经将“白纸黑字”中的法律规则变成了法官言语中的法律规则。在立法者以及法院判例的书面文字中，规则不过是个被法院参考的“法律渊源 ”。相反，只要出现法官的不断解释，就会不断出现新的法律规则。格雷主张，寻找观察法律规则不能游荡于文本文字之中，而要将视线投向法律适用者的一举一动。他有时干脆提出这样的警句：法律就是“法院为了确定合法权利和义务而定下的规则”。[79]

格雷的理论，当然显示了一个倾向“社会学”观察的企图：看看社会中的法官实际做了什么。

然而，如果讨论起来的话，我们可以发觉在格雷的分析中存在着一个颇为紧要的矛盾关系：如果法官他们不断解说法律，那么，这种“法律”似乎只能是对案件当事人具有具体特殊意义的“法律 ”，把它叫作 “法律规则”好像是不恰当的。一般以为，凡是规则便具有普遍的性质，在法律语境中意味着不仅对案件的当事人，而且对一般人来说都是具有约束意义的。格雷尽管承认具体案件中当事人的权利义务来自一个大前提式的法律规则，然而又以为，这种规则并不依存在可以“发现”的“白纸黑字”的文本里面，而是解释者的解释结果。这样，法律规则有如幽灵一样，处于无法预知、无法查找的神秘境地。因而，这类“解释出来”的法律规则，便失去了规则的普遍意思。其实，格雷有时就大胆宣称法律规则是不可发现的；要看法律，就看法律适用者的解释和说明。[80]如此这般，我们似乎难以在格雷的理论中，区分法律规则和法律具体判决。这个问题将有怎样的后果，稍后我们再详细地讨论。

020 “法律顾问”和坏人的习惯：预测

假设格雷的观点是可信的，法律规则根本不能脱离法官这种人而存在，而且，不存在对他们的任何约束，那么，从他们之外的观察者角度来看，可以得出什么结论?

先设想在美国出现如下这样一个案件。一名教师小有名气，于是一所学校与其签订了一份讲座协议，协议约定，这名教师举办4次讲座，每次讲座获得报酬300美元，时间定在某学期的最后一周。协议签订第二日，另外一所学校通知这名教师，隆重欢迎他来举办同样的讲座，次数照旧，但是酬金每次多出100美元。后一所学校有个特殊要求，即讲座的时间只能定在与前一所学校同一学期的最后一周。由于时间冲突，而且后一所学校的报酬更有吸引力，教师便通知前一所学校，他只能接受更佳请求。前一所学校因为已经贴出海报大做宣传，并且实在是欣赏该教师的讲座水平，因而咬牙同意支付与后一所学校同等的报酬，只是在讲座全部办完之后，再支付多出的400美元（100美元乘以4次）。这样，教师就留下来了。但是讲座办完之后，前一所学校推翻自己的承诺，仅支付每次讲座300美元的报酬。教师现在想通过法律诉讼来解决问题。

他找到了“法律顾问”，“法律顾问”会如何作答?

在前面一节，提到过两个美国法院的判决：雇员追索报酬案和服装设计师追索报酬案。这两个案子十分相像，可是法院的判决却相差很远，眼下教师索要报酬一案与它们也是类似的。

一般来说，“法律顾问”会将各种可能发生的情况逐一分析，他会告诉教师：如果法院对雇员追索案的判例感兴趣，那么你就失败了，这说明法院更为看重实际行动的契约意思表示；反过来，如果法院对服装设计师案的判例感兴趣，那么你就胜利了，因为法院看重的是口

头承诺的信用。但是不论怎样，有一条是肯定的，“法律顾问”，尤其是经验丰富的“法律顾问”，不会斩钉截铁地说法律就是这个或者那个，而是总在预测，总说在什么条件下法律将是什么。其实，即使法律条文或者判例中的规则是清清楚楚的，不像雇员案和设计师案那样有些矛盾冲突，“法律顾问”也会谨小慎微地“进行预测”。在本书开头引言中，我们想象过一个在苏格拉底旁边出谋划策的法律谋士，即今天的“法律顾问”。在苏格拉底案上，古雅典的法律规则没什么过多可争议的，但是，如果是有经验的法律谋士，也会“进行预测”，而不会断然宣布法律是什么。

正是基于对“法律顾问”这类“观察者”的思考，在19世纪末，美国一位名噪一时的法官霍姆斯（Oliver Wendell Holmes）奇特地宣称：“对法院事实上将做什么的预测，而不是别的什么，便是我所说的法律。”[81]在霍姆斯独特的眼里，法律顾问的工作仅仅是在预测法院的判决，而且，“法律顾问”的潜在观念就是认为“法律仅仅是一种预测”。要问“法律顾问”为什么会有这样的习惯，答案是：因为“法律顾问”天天都会总结胜诉败诉的经验，分析胜败的因果关系，观察法院的实际活动。显然，霍姆斯是想告诉人们，如果你不断地出入法院的大门，在诉讼中饱经风霜，那么，你自然而然地会像“法律顾问”那样尤为喜欢分析法院的一举一动，像社会学家那样，从这类一举一动中分析出前因后果。

“法律顾问”方式的观察，表明观察者仅仅关注一般规则在现实中的实际效果，因为，这种效果对案件争议才是真实可信的。而普通的官司当事人，在一般情况下更加关心法院的判决结果，因为这类结果不论被喜欢或者被讨厌，都会使他们在现实中获得什么或者失去什么。在前面假设的案子里，小有名气的教师要么赢得官司拿到400美元的年底加薪，要么彻底败诉“颗粒无收”，并且搭上一笔诉讼费用。而对于被告学校来说，法院判决教师“进账400美元”，便意味着学校“出

血400美元”外加一笔诉讼费。这些，当然是实实在在的利益或者损失。难以想象教师和学校可以不在乎法院的实际判决，而仅仅注意一般“白纸黑字”的规则。

就此而言，如果认为在道德的背景下好人便是自觉地用道德观念、道德义务来约束自己，那么，在法律的背景下，只能将当事人的观点看作“坏人”的观点。这种“坏人”的观点才是认识法律的出发点。显然，当人们可以用道德观念式的义务来规范自己的行为，用其来解决彼此的争议和矛盾的时候，社会还有什么理由再去思考法律手段?

由此出发，霍姆斯在另一方面以为，“法律顾问”观察的方式在当事人那里自然就是“坏人”的观点；坏人的视角，同样是理解社会中法律的最佳途径。因为，坏人并不在乎道德的义务与观念，他只是希望躲避法律的无形之网。当向“法律顾问”咨询某一行为是否合法的时候，他只想知道社会中掌握权力的权威机构将会对他实际做些什么。坏人不像好人那样，每天在良心上寻问自己是否道德，而只是关心法律的最终判决到底带来的是收益还是损失。“如果你想知道法律而非别的，你必须从坏人的角度观察，坏人仅仅关心实质性的后果，这种知识使他可以作出预测。”[82]霍姆斯进而以为，法律义务同样“仅仅是一个预测：如果一个人实施某些行为，便会由于法官判决而受到某种痛苦。法律权利也是如此”。[83]

在理论上，霍姆斯和格雷具有一个类似的观念：法院从“白纸黑字”的规则进行三段论推论完全是不真实的。霍姆斯提醒人们注意：

时代的迫切要求、盛行的政治道德理论、公共政策的直觉认识，无论是坦率承认的还是讳莫如深的，在确定约束人们行为的规则的作用上，远胜于三段论式的演绎推论，甚至那些法官共有的偏见也是如此。[84]

而且，“白纸黑字”的规则如果真具有什么作用的话，也仅仅在于增加对法律精确结果的预测能力。本本中记载的有关“过去判决的一般规则命题，或以一般形式表现的法规，可以使预测变得容易记忆和理解”。[85]

但是，我们可以发现，格雷将法官这种人所说的视为法律，似乎是可以理解的，因为无论怎样，它都具有强制的约束力。然而将“法律顾问”、坏人的预测看作法律就令人费解了。预测有什么强制的约束力？对于法律适用者的判决不服从，便会具有不妙的后果，而对预测不理会，好像不会具有同样的结果。霍姆斯以为，预测是对某类特定典型案件的司法判决的一般性预测，而不是指对某个具体案件的法官判决的预测。这种预测对预测者也是具有约束力的。设想一下，当预测后得出法官会如何判决的时候，明智的预测者是不会不理会这个结果的。在实际的社会里，“坏人”总想知道某种行为的实际结果，而想知道结果的目的，正在于安排计划实施行为。因此，如果不理会预测的结果，就会导致计划行为的失误并且导致不利的后果。当接近法律的时候，“坏人”总是依据“预测”来做事，以避免自己不想要的结果。如此看来，预测当然具有强制的约束力，只是在这里的“强制”，不是外在的、现实暴力的强制，而是内在的、心理恐惧的强制。

概括来说，霍姆斯告诉我们：为了避免强制性的不利后果，聪明的做法就是观察法官所说所做的，而不是迂腐地在法规或者判例中翻来翻去，寻找“白纸黑字”的一般规则。法官的言行与法规和判例中的规则，时常是相去甚远的。所以，真正有意义的法律就是预测，在那个意义上，同样可以说：预测对人具有约束指导的作用。

021　好人·法官·预测

我们首先可以对“坏人的视角”观念提出一个问题：就算社会学的观察是十分重要的，为什么只能从这种不良分子的心态角度观察法律现象？在社会中，可以采用的视角是多种多样的，坏人的视角不过是其中之一。而且，法律仅仅对坏人有意义，对其他人就没有意义了？

根据霍姆斯的思路，必须将法律现象理解为和社会公共权力的强制运用是“形影不离”的，法律现象的基本特质，在于外在强制力的影响，于是，法律对坏人之外的其他人没有意义。可是，在社会里，许多无法归入坏人行列的人除了“自愿地”关注道德观念、道德义务之外，而且“自愿地”遵循法律义务，在服从法律义务的时候，并不认为自己是出于被迫的缘故，并不认为自己算计了“不利后果”而必须服从法律。在引言中议论苏格拉底的时候，我们看到的就是“自愿”。

即使是在前面假设的教师追索报酬的案子中，我们也可以想象，教师也好，学校也好，都可能认为自己在法律上已经具有预先存在的法律权利，两者可能并不预测法院将会如何判决，而只是在以往的一般规则中寻找法律的根据。如果法院的判决与这些根据大相径庭，两者会坚决地认为法院的判决是错误的。这两者的视角也是与“预测”没有关系的。

霍姆斯坚持“预测”说的一个理由是：如果到处可以看到“自愿 ”，便没有存在法律的必要了。但是，坏人之外的其他人，有时候不仅需要功利估算和道德义务的指引，而且需要权利义务的“具体明确”指引。比如，当进行估算纳税的时候，功利纳税的算计者自然想知道纳税的数量、国家财政的计划、福利设置的具体数字以及其他具体内容，甚至个人可以获得的具体福利权利；而道德义务的自觉者在希望积极纳税的同时，也想知道具体的税额、税率，以及把税交给哪一层次、哪一方面的征税机构，而在一般功利估算的对象和道德义务的内容中，并不存在这类具体明确的指引。恰恰是在一般认为的法律里，人

们才能发现这种具体明确的指引。在此，好像不能认为这种具体明确的指引不是法律的基本功能，因而不能划归法律的版图。

另一方面，同色拉叙马霍斯、霍布斯、边沁和奥斯丁一样，格雷与霍姆斯都忘记了对法院自身角色的反省和认识。前四位提出的“政治学”式的透视，强调了主权者的意志或者意愿，这是从法律与一般公众的关系中分析得出的结果。一般公众如果不遵从主权者的命令，就会面对被制裁被处罚的不利结局。这四位具有“政治学”观念的学者，没有，而且拒绝思考法院的法律义务，这就忽略了法官自身的观察者的观察地位。与此相像，格雷和霍姆斯迷恋法官那类人的解释判决的最终性，追随“法律顾问”或者坏人的奇特感受，从而将法院的法律义务搁置一旁，也是抛弃了法官的观察视角。

强调法院可能会如何判决的预测说，意味着观察者通常不会是法官自身，而只能是当事人，而且是怀有负面心态、刁钻狡黠的当事人。可是，法官在审判案件的时候，一般不是在预测自己或者其他法官将会如何判决，对他来说，一般并不存在强制或者不利的后果。霍姆斯可以认为，如果判决存在一个上诉的问题，下级法院的法官仍要预测上级法院的法官将会怎样判决案件，否则，自己的判决便会遭遇不测：要么被改判，要么被撤销。但是，这样思考依然无法说得过去。因为，即使被改判或撤销了，也仍然不存在“不利后果”的问题；此外，法官完全可以是“金字塔尖”的最高法院或者上诉法院的法官；同时，一个社会的法律体系可能连上诉制度都是不存在的。在这种情况下，认为这些法院的法官是在“预测 ”，容易让人觉得牵强附会。

我们还可以再考虑一个问题：法院的判决往往是十分重要的，它们所运用的推理方式具有一种范例效应，人们会自然而然地加以模仿和追随。如果这些法院在判决的时候，不是运用“预测”的推论方式，那么，以其作为范例的一般百姓或者“法律顾问”的推论，怎能时常

是“预测”的？这点似乎表明，至少某些公众或者“法律顾问”不是在“预测”。换句话说，从格雷强调的法院“是关键的”，我们只能得出要处处留心法院一举一动的结论，如果百姓和“法律顾问”总是跟随法院的意见，岂不是至少有些百姓（即便是坏人）和“法律顾问”像法官一样看待法律？如此，霍姆斯的“法律顾问及坏人预测”的理论，岂不是出现了更大的问题?

022　法律=具体判决

格雷与霍姆斯特别讨厌“白纸黑字”的一般规则的观念，觉得这种观念不能为人们提供一个精确的答案，掩盖了法律真相。他们主张，由于法律适用者这一“规则阅读者”的权力具有最终性，法律的含义或意义存在于，并且决定于读者对规则的解读。无论是法官那些人的“所说”，还是某些“法律顾问”或者坏分子的“预测”，都是读者的一种解读。这种读者决定论，抛弃了“政治学观念”设想的法律规则的客观性，从而在相当程度上抛弃了法律可普遍适用的一般性，将“法律”归入了规则阅读者的主观观念之中。

但是，格雷以为，法院的具体判决是以法官阅读后的“法律规则”作为大前提的；而霍姆斯以为，阅读后的“预测”在一定程度上对一般百姓或者“法律顾问”也有约束钳制的作用，这样，两个人好像又保留了对“规则普遍约束性”观念的眷恋不舍。其实，按照两人思路的内在逻辑，“规则”属于虚构的而且必须扔掉，似乎是无法回避的唯一结论。

从格雷理论的角度来说，法官这种人是在不断地解释法律，而且，这类解释可以不断地具有新的含义结果，因此，他们的解释实际上只能是适用于具体案件的法律解释；并不存在“可以普遍约束”性质的规则意义。从霍姆斯理论的角度来看，“预测”同样是会因人而异

的，“预测”仅仅是对预测者本身才有约束的意义，它也照样不存在“可以普遍约束”的规则意义。而且，“预测”本身就意味着被预测的对象可能是多变的，并不存在一定的规律；如果对象有个规律，那就应该说是“我们可以推论”，而不是“我们可以预测”。一言以蔽之，格雷和霍姆斯的羞羞答答、躲躲闪闪的读者决定论，暗含了“客观的法律规则”并不存在的必然结论。

有鉴于此，美国法学家弗兰克（Jerome Frank）直截了当地提出了令人多少有些惊奇的观点：所谓的“法律规则”纯属天方夜谭，格雷和霍姆斯的闪烁其词，正说明根本没有法律上的一般规则。他说，正常理解的“法律规则”，是一种具有约束力的规则，在现实社会里，如果可以发现它对法官那样的法律官员产生约束的作用，那么，便应该承认它是存在的。但是，对于现实的观察可以证实，像法官这类人并没有受到这类规则的约束。法官总是在超越所谓的“法律规则”自行其是。如果法官可以在人们想象的规则之外自己立下判决的依据，那么，这种规则显然不能认为是有约束力的，因而，不能叫作法律规则。如果法院事实上拥有而且不断行使自由裁量权，不同的法官可以运用这种权力作出不同的判决，并且，并不存在唯一正确的判决结果，那么，怎能会有一般人想象的法律规则？[86]所以，即使是在法院的具体判决之中，同样不能认为存在一个法律规则。

美国另外一个法学家卢埃林（Karl Llewellyn），也是毫不客气地指出：“那种根据规则审判的理论，看来在整整一个世纪内，不仅愚弄了学究，而且愚弄了法官。”[87]

如果在“白纸黑字”的文本、法院的具体判决甚至人们心中的预测里都没有“法律规则”，那么，法律究竟在哪里？它究竟是什么？被人们称作“现实主义者”（realist）的弗兰克和卢埃林非常肯定地认为：

相信存在着普遍性和规范性的法律，是一种天真的设想；真实存在的只有法官的具体判决，而这种判决才是具有真实意义的法律。

法律与具体判决是等同的。接下来的结论是：法律的内容随着具体案件事实的变化而变化，不存在类似案件可以类似处理的问题。这是说，每个案件之间都存在着区别，因而严格地说，不存在针对某一问题的法律，而只存在针对某个具体案件的法律。弗兰克讲：

现在，我们可以大胆地从一般人的观点提出一个大致的法律概念：对任何具体的外行人来说，法院针对具体案件事实作出的判决，只要影响了特定的当事人，那么便是法律。只有当法院在这些事实上作出了判决，在这个问题上法律才是存在的。在作出判决之前，唯一可以利用的“法律”，就是“法律顾问”发表的与当事人和案件事实有关的法律意见。其实，这种意见实际上不是法律，而仅仅是对法院将如何判决的猜测。[88]

因此，“就任何具体特定情形而论，法律要么是实际的法律，即关于这一情形的一个已在过去作出的判决；要么是可能的法律，即对一个将来判决的预测”。[89]

还有一个法律现实主义者泰勒（Richard Taylor）更是断言，就法律的存在方式而言，“任何具体案件中的法律不是成文法、普通法（common law，即一种判例法——笔者注），也肯定不是某种不成文的自然法。精确地说，它是司法判决本身……对当事人来说，法律是其法律义务的陈述，这一陈述仅仅是司法判决。当事人的法律义务是与判决的宣布相伴而生的并且直至永远，只有在另外一个司法判决宣布后才能撤销”。[90]针对美国纽约州法院在里格斯诉帕尔玛一案中的判决，泰勒说：

在此我们关注的不是法院的判决是明智还是愚蠢……我们倒是想问这些问题：在上诉审判决之后，埃尔玛·帕尔玛对遗产的法律权利是什么？在判决后，其他继承人对农场是否具有所有权？这两个问题完全取决于这个问题：对当事人来说法律是什么？对这一问题的回答是无可争议的。在这一问题上的法律并不是制定法（statute，即立法机关制定的规则——笔者注）宣布的内容，因为在这里，有关的法律是一回事，制定法则是另外一回事。有关的法律也不是明确的来自普通法的原则。它完全见于法院大多数人的意见，而且完全是由这一意见构成的。[91]

将法律看做法院的具体判决，意味着法律只是一些官员鲜活的行为事实，而不是一种规则体系；法律是一种活的制度，而不是一套死的规范。法律现实主义者的确认为，法官和行政官员等实际上对法律案件的所作所为，就是法律本身。卢埃林说："在我看来，那些司法人员在解决纠纷时的活动，就是法律本身。"[92]以这种方式，法律现实主义者用"行动中的法律"取代了"文本中的法律"，从而用"社会学"的观察替代了"政治学"的透视。

法律隐藏于法律官员裁决的活动。如此说来，研究这种活动的过程便是至关重要而又生动有趣的。格雷以为，一般规则之类的东西是法律的渊源，因而，这类渊源对官员的裁决活动具有首要的意义。霍姆斯讲过，时代的迫切要求、政治道德理论、法官共有的偏见等，要比一般规则来得更为重要。而弗兰克认为这些观点都还是不足以说明问题的，他认为法官的个性才是怎样强调都不为过的基本要素。法官的个性，包括了他的特征、性情、偏见和习惯。"假如法官的个性是法律审判中的决定性因素，那法律就可能要依恰好审理一个具体案件的法官的个性而定。"[93]

弗兰克颇有信心地说，统计资料已经无情地支持了这一观点。就说美国1914年至1916年对纽约市治安法院几千个轻微刑事案件处理的调查中人们可以发现，治安法官在处理同类案件中所显示的差异，已经达到令人震惊的程度。有546个被指控酗酒的人被送到了一个法官的手里，这名法官只释放了一人，判处其他人有罪，而且处罚不轻，有罪的比例占99%；而另有673个被指控酗酒的人交由另一个法官处理，其中竟有531人被宣告为无罪，有罪的比例居然才占21%。在扰乱秩序行为的案件中，一名法官吝啬地释放了18%的人，而另一名法官则大方地释放了54%的人。这些数字表明，审判是因人而异的，它反映了法官的脾气、个性、教育、处境等独特之处。[94]

023　从"规则的解释"走向"社会学的观察"

法律现实主义者说，法律一定是行动中的法律，而不是文本中的法律。这个理论的出发点和目的地在某种意义上都是"社会学"的观察。如果我们真是特别关心法律的实际影响，我们势必会小心翼翼地观察那些社会官员的一举一动，他们抓人、罚款、搜查、封家、训诫、宣布无效、正式登记、划拨财产……这些都是实实在在的，我们对其自然不会像对"白纸黑字"的规则那样怠慢或视而不见。所以，法律现实主义者中的一位元老宾厄姆（JosephBingham）说：

如果我们将法学视为与任何科学类似的研究领域，那么，我们就必须从法律教师、法律学生、法律调查员或律师的立场去看法律，他们从事于探索决定法律是什么的权威意见。这些人，不是作为政府机构的人员而行为。他们的研究，并不构成法律领域的外在现象的组成部分。相反，他们正是从外部并且因而就是从自己将提出完全客观、系统划一的观点的立场上，对这一领域进行研究。[95]

024　国家法的实际作用

初学法律者很容易将注意力集中在立法者或者法院那样的机构的活动，如果这些机构制定了一条规则或者提出了一个判决根据（即判例法所说的规则），这便是法律产生的最明显的标志。前面说过的“政治学观点”就是这么看法律的，因而最适合法律初学者的感觉。现在，我们提出一个典型的社会学问题：当立法者和法院大笔一挥制定了规则或作出了判决，社会究竟会发生什么？

从两个方面来看问题：第一，白纸黑字的规则到了法律适用者那里有什么结果；第二，这些规则到了平常百姓那里会有什么作用。对前一个问题，法律现实主义者会非常肯定地告诉我们，社会有时出现了只有法律适用者才“生产”法律的奇妙现象；对后一个，法律现实主义者没说什么，可是他们提醒我们注意平常百姓肯定会关心具体的法律判决，因为，只有判决才会对百姓发生直接的作用，这倒等于是从另外一个角度讲，规则对平常百姓没有什么作用。

其实，没有法律现实主义者的提醒，也有学者看到了“白纸黑字”规则的另一方面的作用是有限的。

如果从一个人一生所遵循的行为规则，以及整个社会所主要依赖的规则来看，与权力和法院直接联系在一起的规则好像并不是发挥主要作用的规则，倒是那些与之没有直接联系的规则发挥了主要作用。其实，每个人都会发觉，日常生活总是与学校、公司、医院、俱乐部等社会组织规则联系在一起的，人们最关心的往往就是这类规则，而不是立法者或者法院制定的“白纸黑字 ”的规则。在实际的社会中，前者的影响远远超过了后者。

所以，奥地利学者埃利希（Eugen Ehrlich）说：

人的行为规则和法官判决法律争议所依据的规则，可能完全不同，因为人们并不总是根据在解决他们争议时所适用的规则而行为。法律史学家，肯定会认为法律是人的行为规则，谈论在古代和中世纪，婚姻、夫妻、父母和子女在家庭中共同居住所依据的规则。他会告诉我们，财产是个人所有或共同所有的，土地由地主或交租金的佃农来耕种，或由服劳役的农奴来耕种，契约是如何成立的，财产是如何继承的。如果有人要求一个刚从外国回来的游客讲述他们结识的那些人民的法律时，就会听到同样的事情。游客会讲述诸如婚姻习惯、家庭生活、契约成立的方式，但会很少谈到诉讼审判所依据的规则……后一种规则的确也是一种行为规则，但仅仅对很少人即被委托适用法律的权威者来说，才是行为规则……[96]

换句话说：

一个行为规则的确不仅是人们习惯地调整其行为时所依据的规则，而且也是一个他们应当如此行为所依据的规则。但是，认为这个“应当”是专门或主要由法院来决定的，则是一个十分错误的推论。日常经验与此恰恰相反。当然，没人否认司法判决影响人们的行为，但我们首先要问一下，这真实到什么程度，以什么情况为转移。[97]

025　国家法底层的或者旁边的民间规则

相传20世纪初，英国发生过两起小孩误吃非食物物品而死亡的案子，其中一个案子提到，一个小孩在夏日跟随父母去公园游玩。到了中午，父母有些疲倦，就对孩子说，你自己去玩吧，我们要休息一下。一会儿，小孩钻进了一个院子，那里长满灌木丛，抬头可以见到各类果实。但是，那些果实有几类是有毒的，越好看的越有毒。孩子不知道，摘下一个最漂亮的果实两口吞了下去……没过多久，孩子口

吐鲜血不省人事，被送到医院后证实已经中毒死亡。父母将公园的所有者— —一家公司告到了法院，要求巨额赔偿。[98]

另外一个案子说，一个小孩跟着母亲到另外一个公园游玩。当时，公园用一些彩色塑料物质制作了许多假的水果摆在公园进口处，小孩看到后很想咬一口。凑巧的是，也是在中午，他的妈妈自己在休息时，他便跑到公园的进口处拿起一个像葡萄的“水果”就往嘴里塞……由于塑料有一定的硬度，“水果”正好卡在细嫩的嗓子上，孩子“被卡死”了。当妈妈的也一样来到了法院。

两个被起诉的公园老板都认为自己是没有责任的。可是法院认为被告的责任是不可推卸的；因为，第一，被告完全应该明白，那些漂亮的有毒果实或者其他不可食用物品制作的果实，对小孩是很有诱惑性的；第二，玩弄品尝这些果实对人们是有害的和危险的，这一点小孩肯定是不知道的，而对被告来说则是常识；第三，被告对果实没有采取有效的围栏措施。在判决中，法院承认已有的“白纸黑字”规则并没清楚说明被告应负的责任，但是，法院认为可以发现社会中存在着大家从不否认的一个规矩：每个人对小孩都负有一种特殊的责任，这个规矩在本案中是理解“白纸黑字”规则的基础。

上面两个案件作为例子，说明即使白纸黑字的规则是明确的，有时理解运用它也无法离开社会中已经存在的规矩秩序。这好像也说明，日常的小规矩秩序要比“国家的”大规则秩序更加重要。

另一方面，我们还可以发现，许多人虽然有时老老实实地结婚生育、信守契约、不偷不抢、依时还债，以至这些义务行为好像都是来自“国家式”的“白纸黑字”规则（因为这类规则时常规定这些内容），但是实际上，他们可能并不知道自己的社会中存在一个“国家的”规则。人们在做那些事的时候，“作为规则，有关法院实施强迫的想法甚至还没有在人们的脑袋里出现过”。[99]显然，行为动机是复杂的。也

许有人认为如果不履行义务，恐怕就没有面子了，被人笑话，或者让人觉得太没有信誉不值得一交；有人认为如果不履行义务，就会失去已有的地位，就会得到一个为人不老实、手脚不干净的名声，或者被固定的社会圈子所抛弃。此外，我们也能常常看到，即使发生了纠纷，纠纷的最后解决往往是在官司之外实现的；而不是像律师一类的法律家所希望的那样，由法院来解决。因此，埃利希更为相信“国家的”规则远远不是那么影响广泛的。

026 “活的法律”

埃利希特别喜欢使用这样一个说法— —“活的法律”（leben des recht）。他告诉我们，在社会中活生生地存在着一种民间规章或者惯例的秩序；这种秩序生生不息，实在是和我们的习惯交织在一起的，有时就是我们习惯的一部分，它才是真实的“活的法律 ”。“尽管活的法律没有在国家法律条文中规定下来，可是它是主宰生活本身的法律……它不是法院裁决法律纠纷时承认有拘束力的文件的一部分，而仅仅是当事人在生活中实际遵守的一部分。”[100]

依照正常的理解，“活的法律”应该是相对“死的法律”而言的。但是在埃利希的词语中几乎没有发现“死的法律”之类的修辞。不论怎样，讲“活的法律 ”，就不免意味着边沁和奥斯丁特别强调的“白纸黑字”规则是死的。有意思的是， “活的法律 ”还意味着法律现实主义者的法官具体判决式的“法律”也没有多大的生命力。“活的法律”不仅要比立法者的规则，而且要比具体判决来得更有意义。如此，早在法律现实主义运动产生影响之前，埃利希已经把“具体判决式的法律”挤向了理论边缘。

“活的法律”肯定会把我们引入另外一种法律思想的视域中：仔细观察平民百姓日常生活里的一切，法律就在其中。所以埃利希宣

布："不论什么时候，法律发展的重心既不在立法和法学，也不在司法判决，而在社会本身。"[101]美国学者塞尔兹尼克（Philip Selznick）也赞同地提到：将法律放在"国家"权力圈中仔细打量，只"会使社会学的分析贫乏而又内容空洞，因为，应该允许运用法律概念来研究人的行为受明确的制定规则管理的任何场合"。[102]这倒使人们容易想起18世纪法国思想家孟德斯鸠阐述法律精神的经典言语：

法律应该和国家的自然状态有关系；和寒、热、温的气候有关系；和土地的质量、形式与面积有关系；和农、猎、牧各种人民的生活方式有关系。法律应该和政制所能容忍的自由程度有关系；和居民的宗教、性癖、财富、人口、贸易、风俗、习惯相适应。最后，法律和法律之间也有关系，法律和它们的渊源，和立法者的目的，以及和作为法律建立的基础的事物的秩序也有关系。应该从所有这些观点去考察法律。[103]

法律不是一种纯粹的"权力作用"。[104]

当然，埃利希似乎没有孟德斯鸠那样的雄心，要在宇宙天地万物之间追寻法律的踪迹。可是他的确要在社会的广泛关系中，挖掘另外一个法律世界，这和孟德斯鸠的思路倒是大同小异的。而且，他也肯定会赞同这样一种看法：单独的立法者就像人在大海里航行一样，"他可以驾驶他所乘的船，但改变不了船的结构，他既不能呼风，又不能使他脚下的大洋息怒"。[105]

埃利希的"活的法律"，对正统的法律思想来说可是异端邪说：社会中的那些民间规章或者习惯之类的东西居然也成为法律。对此，我们自然会提出一些问题：这是不是混淆了法律和其他一类的秩序，或者是使用"法律"一词不当？虽然说在实际社会中，对人们行为有更多影响的是那些所谓的"活的法律"，可是这能否成为我们一定要将那些东西叫作"法律"的理由？

027　“活的法律”与“国家法律”的冲突

19世纪英国有个法律史学家叫梅因（Henry Maine）。他说，法律的发展是一个逐步进化的缓慢过程。边沁和奥斯丁描述的国家式的主权立法机构，是一种人们在近现代才熟知的对象，其写下的规则，也是一种人们在近现代才开始十分熟悉的规则。仅仅是在法律制度演进的较晚阶段，这类立法机构和规则才出现在社会中。后来的立法机构及其规则和远古时期的权威机构及其规则，是迥然不同的。前者不仅以权威的集中化、一体化作为前提，而且要以“明确规则秩序”的观念— —即认为社会要有基本明确的规则定纷止争、规矩方圆作为前提。在法律制度的“幼儿”时期，可以看到各种形式和机制的具有法律要素的制度。这些制度，并没有边沁和奥斯丁所说的立法机构和规则。

比如在古代东方规则制度中，部落首领指挥一切，任何拒绝服从都会引起惩罚。部落首领可以建立军队、征收税赋和处置俘虏，但是却从未存在过什么近现代的立法机构和所谓的白纸黑字规则。在那些法律制度中，人们也从未产生普遍的明确规则秩序的观念，而只有再简单不过的权威观念或者习惯观念。所以，我们最好不要将法律的形象局限在近现代的“国家式”规则。[106]

当然，奥斯丁本人曾经提到过，国家可以用默许的方式认可习惯的法律效力。[107]可以认为，如果乐意，国家既可以废除那类规则秩序和习惯，也可以吩咐下属权力机构，借助社会公共力量将这些秩序和习惯“硬性摊派”给其他社会成员。这类例子，恐怕是不胜枚举的。

联想一下可以看到，埃利希的观念和梅因是十分接近的，只是埃利希是在现实领域里，而梅因是在历史领域里，要为遭人轻视的民间规章和习俗建立一个学术上的名声，要为它们争个“法律”的名分。

我们会感觉到，对那些民间规章和惯例之类的东西，有时政府官员或者国家主权者的确是不屑一顾的。民间的规章和惯例在一些情况下的确依赖政府或者国家的承认。如果是这样，将它们称为“法律”似乎是不妥当的。可是，孟德斯鸠早就讲过，国家规则是立法者创立的特殊的和精密的制度，而风俗和习惯是一个国家一般的制度，风俗和习惯具有极强的生命力。在这个意义上，“如果用别人的风俗和习惯去改变自己的风俗和习惯，就要好些”。[108]所以，埃利希总是想到，“活的法律”是必须要受到重视的。

而且，在“国家式”的规则旁边看看就会发现，“活的法律”是无时不有、无处不在的，甚至在边沁和奥斯丁总是提到的立法者、法官和律师这些法律家的中间，都可以发现“行规”一类的行为规则。比如，立法成员发表意见为了具有说服力，总会依据其他立法成员习惯的表达方式；法官为使判决具有可信度，并得到同行的认可，也会遵循其他法官尤其是上级法官习惯的排列证据的方式；而律师在和委托当事人打交道的时候，就律师费和代理服务之类的问题，也会遵循类似生意场上的习惯规矩。如果不遵守这些“行规”，就会被淘汰出特定的圈子从而被人遗忘。这也是令人生畏的惩罚。[109]根据这些情况，好像不管政府或者国家怎样对待“活的法律”，它们仍然可以逍遥自在地游荡于社会之中，不断控制人们的各类行为。

埃利希实际上正是以此为理由，推出了“活的法律”的概念。以主权者对“活的法律”是否认可的态度作为依据似乎不能说明“活的法律”概念的不当。

尽管如此，埃利希的“活的法律”还是不能让人完全接受下来。我们可以注意到，当埃利希提出“活的法律”如何要比“国家式”的规则更为重要的时候，一个出发点是“实际的效果作用”。这是说，之所以将民间的规章惯例之类叫作“活的法律”，是因为它们对人的影响远远超

过了“国家式”的规则。可是这一出发点，在某种情况下可以导致令埃利希自己失望的另外一个结论。

这另外一个结论就是：尽管可以看到，法院有时会用“活的法律”来充实国家规则，而且，肯定又可以发现，“活的法律”有时会和“国家式”规则发生矛盾；发生矛盾后，“活的法律”总会慢慢让位于“国家式”的规则。

比如，在买卖生意领域里，拿回扣或者佣金可以说是一种商业惯例。为了促成一笔生意，买卖双方的代理人或者中间传递信息的“经纪人”，总要付出精力，因而他们时常认为要笔“收入”是理所当然的；买卖双方在生意做成的时候，也认为这是可以接受的。但是，有的国家在有的时期，就是不那么“通融”，认为回扣或者佣金是必须予以禁止的，并且在“国家式”的规则里订立惩罚条款。在这个时候，能够预期，毕竟人们容易担心国家规则的惩罚，所以，久而久之，商业惯例就会逐步消失，至于这类惯例消失后是否有损经济的发展，则是另外一个问题。在这里，只能承认国家规则的影响远远超过了商业惯例。我们甚至可以设想，如果国家兴致上来了，发现许多民间规章或者惯例是需要废除的，从而在国家规则里作出了废除的规定，那些民间规章和惯例的命运在法院那里是可想而知的。不论怎样，谁都关心“实际的效果作用”，因而不会在民间规则与国家规则冲突的时候仍然“以卵击石”，因为这样做的后果是不堪设想的。

所以，真要拿“效果作用”来作为一个标准，有时又可以得出埃利希“活的法律”远比国家规则来得脆弱的结论。这样的话，把民间规章及惯例之类的规则叫作“法律”，恐怕又是有名无实。

028　怎样区别法律和其他社会规则?

当然，如果不用“实际的效果作用”作为判断的标准，而仅仅是把民间的规章或者惯例直接叫作“法律 ”，那么，埃利希遇到的难题便是如何区别法律和其他社会规则。不论怎样，我们使用词语都有一个习惯，就是总把“法律”一词描述的对象看作与某些东西不同；起码我们认为，它与“习惯”一词描述的对象就是有所区别的，与“礼仪”一词描述的对象也是有所不同的，与“道德规则”一词描述的对象更是有差异的。非说“习惯 ”“礼仪 ”“道德规则”或者“民间规章惯例”之类的就是法律，好像等于硬说“鸡 ”“鹰 ”“雁 ”“鹅”等词语描述的对象就是“鸭”一样，实在有些让人不易理解。

前面我们提到过的霍布斯、边沁、奥斯丁、格雷、霍姆斯、弗兰克等，虽然说对法律的理解各有不同，可是大致上还是教人可以看出法律与其他社会规则之间的区别是什么。实际上，当他们描述自己的法律思想的时候，主要目的之一就是想要找到法律的独特之处，以示法律在“相貌”上有何与众不同的标记；这是说，他们也想告诉我们：“男人就是男人，女人就是女人 ”，“老人就是老人，小孩就是小孩 ”，根本不能把这些统称为人的人混为一谈。即使他们的理论有这样的问题、那样的毛病，可是还是将“法律”界限的说法明确地提出来了。

从孟德斯鸠开始，这个传统早已节外生枝。在那本人们津津乐道的《论法的精神》一书里，孟德斯鸠在第1页就指出：

从最广泛的意义来说，法是由事物的性质产生出来的必然关系。在这个意义上，一切存在物都有它们的法。上帝有他的法；物质世界有她的法；高于人类的“智灵们”有他们的法；兽类有它们的法；人类有他们的法。[110]

对这句话，不论作什么解释，有一点是清楚的：只要是实际存在的“秩序”就可以称之为法。后来一些偏爱“广泛的社会秩序 ”的学者像

埃利希一样，继承了孟德斯鸠的路线，不断将新的东西塞进了“法律”一词的口袋里。比如，波兰裔人类学家马林诺夫斯基（Bronislaw Malinowski）说，法律不是一种独立的社会制度，而是弥漫于任何的现实社会包括原始部落生活中的制度。[111] 美国学者巴肯（Michael Barkun）以为，原始社会就已经有了法律，这种法律尽管没有现代社会的正式制度，可是也顺利地运行于人们的行为之中。其中的“调解”制度，是十分有意思的。凭借这种制度，人们和平有序地解决矛盾克服危机，因而应该承认，没有政府和制裁的法律是存在的。在社会的共同规范中，法律比比皆是。[112] 而美国另外一个法学家富勒（Lon L. Fuller）的观点就更是叫人“耳目一新”了，他讲：“法律是使人的行为服从规则治理的事业。”[113] 当然，埃利希及其之后的学者，并没像孟德斯鸠那样“非常广泛”地将“自然界的规律”“兽类的物竞天择的法则”“上帝的训诫”也划入法律的版图。

孟德斯鸠、埃利希、马林诺夫斯基、巴肯和富勒这类学者，似乎不大在乎“区别”的问题，可是不在乎并不等于这个问题能够自动消失。其实，反对埃利希“活的法律”以及其他“扩张性”的法律概念的一个重要理由，就在于人们总要谈论“区别”的问题。显然，就埃利希个人来说，如果允许他可以将“法律”一词用于民间规章或者惯例上，便看不出有什么理由阻止其他人将“法律”一词描述的对象再扩大一步，甚至像孟德斯鸠那样“非常广泛”地扩大。而无限扩大的结果，最终是无法知道“法律”究竟为何物。所以，美国学者科恩（ Felix Cohen）不客气地指出：“在埃利希的术语里，法律本身与宗教、伦理习俗、道德、礼仪、礼貌、风尚和礼节混淆不清。”[114] 美国另外一名学者弗里德曼（Lawrence Friedman）则担忧地说：

解决两个孩子为了一个蛋卷冰激凌、一本画书或一只球的争吵的父亲不算法律制度的一部分，这不是因为其工作本质上是非法律性

的，而是因为如果他的工作也算“法律”，则法律制度就不可能有有意义的界限了。[115]

当然，埃利希也曾暗示过，法律的独特之处在于：在一个组织内它被感到具有极大的或者基本的重要性。[116]但是这好像还会引起更多的麻烦。在一个经济组织里，头等重要的事情是很多的，至少包括了“积极营利”，那么，“积极营利”是否也可以说是法律的问题？反过来说，一个经济组织里还有一些被埃利希称为“活的法律”的东西相对来说倒是不重要的，比如，秘书成员要尽忠尽职，比起股东成员有权知道重大决策，就是不太重要的，这样，只能说前者不属于法律了。按“活的法律”概念的原意，这肯定是一个“组织行规”，因而是“活的法律”。“极大的”“基本的”“重要的”，都是相对的词语。用它们做“区别”的标准自然是徒劳无功的。

实际上，如果想要区别法律和其他社会规则，埃利希以及从孟德斯鸠开始的一系列学者的思路，只能是没有很多希望的思路。

029　“合法”与“非法”的用词习惯

区别“法律”与其他社会规则，还不仅仅是一个防止把“鸡”“鹰”“雁”“鹅”都叫作“鸭”的问题。在实际生活中，我们习惯使用“合法”“非法”等日常用语，如果没有一个大致清楚的区别，我们怎样说一个行为是合法的或者非法的？

现在假设一种情况。在一个不太发达的社会里，政府明确规定男人只能娶一个女人结婚，并且“张贴告示”予以公布。政府说，在该社会的所有男人都要遵守这个规定，否则就要遇到严厉的惩罚。这个告示已经公布了相当长的一段时期，许多地方都已经是“规规矩矩”，可是，有那么一个地方，数百年来民间都有一个惯例，只要男人娶了一

个女人之后久不生育，而且原因是女方没有生育能力，那么，男人就可以娶第二个女人，依此类推。这个地方绝大多数百姓觉得这是非常合理的，看见男人因为女方缘故不能有后代，都会同情、支持男人另外娶第二个女人。

在这个社会里，可不可以谈论一个“合法 ”“非法”的问题?

在后面那个地方，有的男人有娶第二个老婆的机会而不去娶，有的娶了第二个又娶第三个，怎样评判他们的行为？显然，如果按照埃利希他们的说法，个别地方的惯例是一种“活的法律 ”，那么，在这里将特别难以使用 “合法 ”“非法”一类的词汇，难以判断谁是合法的谁是非法的。有时甚至只能得出“既合法又非法”的奇怪结论。因为，在那个小地方，人们可以认为符合了惯例的就是“合法 ”（符合了“活的”法律），同时认为这又违反了政府的“告示”，从而是“非法”。

这就不奇怪为什么有批评者这样认为:

某人收到一个来自税务机关的通知，要求他交纳1万元的收入税，如不履行就有受罚危险；当天，同一个人又收到来自一个臭名昭著的匪帮头目的通知，要求他在一个指定地点存放1万元钱，否则他将被处死；他还收到第三封信，一个朋友请求他大力捐献资助。从社会学上说，纳税通知与勒索信有何区别，这两者与友人来信又有何区别？显然，不仅从法学观点来看，而且从社会学观点来看，这里存在了三个不同的现象……[117]

概而言之，语言的习惯总会控制我们将“鸡”和“鸭”分开，将“合法”与“非法”分开，不分开有时就会无所适从。为了主张一种看法而使鸡鸭混淆，合法变成非法，恐怕就让人难以接受了。

030　确定“活的法律”的困难

从“合法”与“非法”的用词习惯再往深想一步，还能发现一个更为令人头痛的问题：查找埃利希望所说的“活的法律”看上去似乎是可能的，实际上也许是十分困难的。

依照埃利希的讲法，要找到一个“活的法律”也即民间规章或者惯例，就要观察日常生活中的行为规律，看看人们实际上到底是怎样做的。现在，我们试着在上一小节说的社会里观察一下有关男性婚姻的“活的法律 ”，看是否可行。假如我们观察的工具毫无问题，的确可以顺利地看到所有人的行为，并且得到了一个观察结果：在那个社会中，除了那个“特殊”地方（允许男人娶小纳妾的地方）之外，所有男人几乎无一例外地“老老实实遵守规则 ”，他们自然而然地只娶一个妻子，哪怕是没有子女也绝不违反规定。他们这样做，倒不是单纯因为政府贴出了那么一个“告示 ”，而主要是由于在多年来的生活中，形成了这样的行为方式。他们以为，这样是对妇女的尊重，也是男女平等的体现。这些人就社会整体来说是绝大多数的。针对这个观察结果，埃利希肯定会说，社会整体行为里即使没有政府的“告示 ”（国家的法律），也依然会有民间的惯例（“活的法律”）。

接下来，我们再进入到那个“特殊”地方，又可以顺利地得到一个观察结果：当地绝大多数男人都是反其道而行之的，正像我们上面说过的，他们习惯于在“条件具备”的情况下娶小纳妾，认为这是理所当然的惯例。针对第二个观察结果，埃利希恐怕也会承认那是“活的法律”。

到此，我们等于是在一个社会中见到了两个内容截然对立的“活的法律 ”，而且，假如我们看到的结果是社会中大致一半人依照前一个惯例行事，而另外一半人是依照后一个惯例行事，那么，“截然不同”引起的困难就更大了，如何确定谁是真正的“活的法律 ”？无论怎样，总不能说矛盾的两个民间惯例在一个社会里都是“活的法律”吧？

031　开辟新的思路：认识“好人”

弗兰克、卢埃林等法律现实主义者，将法律从“白纸黑字的本本”中独立出来，并把它放进法官的嘴里或者官员的行动中。他们说，要想知道法律是什么，不应该看霍布斯、边沁等人讲的“白纸黑字规则”，而应该看掌握裁决大权的官员的言谈举止。这样一来，法律便失去了明确性和普遍性。而埃利希等“泛规则主义 ”者，也将法律从“白纸黑字”中释放出来，只是不仅把它放在官员的一言一行里，而且把它放在平常百姓的日常活动里。他们也宣布，要想知道法律是什么，不应当看“白纸黑字的文本 ”，而要观察社会里形形色色的人物的各种行为，法律规则就在这些行动之中。如此，埃利希等又以“社会学”的技术，恢复了法律的明确性和普遍性。

埃利希等恢复明确性和普遍性的代价太大了，因为他们绝对地坚持社会中的各类民间规章、惯例以及其他秩序规则都是法律，从而使人们根本无法认识法律的面孔，不知道法律和其他东西的区别究竟在哪里。

“社会学”观察这条道路是不是山穷水尽了?

当然不是。为了避免法律现实主义者和埃利希等人的困境，同时，也为了避免重蹈霍布斯、边沁、奥斯丁等人的失败覆辙，从而保住“社会学”的基本风格，英国法学家哈特（ H.L.A. Hart）开辟了另外一条道路。在这条道路上，哈特第一步抛弃了霍布斯、边沁、奥斯丁以及法律现实主义者预先假设的“人性恶”前提（只注意坏人），第二步躲开了孟德斯鸠、埃利希等人导致的不能区别法律与其他规范的理论障碍。在这条道路的终点，哈特让我们看到了“社会学观察”的新层次的结论。

在前面，我们谈到过“政治学”透视的法律思想有一些要害的毛病：针对社会阶层的“金字塔顶”（统治者）来说，它无法说清强暴者（或匪徒）的要求和主权者的命令之间到底有什么区别；针对社会阶层的“金字塔底”（被统治者）来说，它无法说清“有义务做什么”和“被迫做什么”有什么区别；而且，无法说明制定规则的那些人自己遵守规则的情形，无法解释放弃权利的行为的自愿性，更为困难的是无法解释那些具有举足轻重地位的法官，是如何在不可能存在强制制裁威逼下自觉适用规则的行为。这些要害毛病体现在“强制”和“制裁”两个词上。将法律看作一种强制性的命令，看作怎样也不能离开“制裁”，便意味着人人——特别是被统治者——总没有“自觉自愿”的时候，这样，人性当然是负面的；另一方面，法律现实主义者的法律思想要么直接承认“坏人”的视角，要么暗中强调法律的强制要素，这同样是暗示了人性的失败。

承认人性恶论，等于否认了怀有“正面心态”的好人对于法律分析的意义。不奇怪，“政治学”的法律思想和法律现实主义的法律思想的一个企图，就在于区别法律和其他社会规则。两种理论设想，如果将视线集中在好人，自然不会得出法律具有强制性特征的结论，而没有强制性特征，法律也就无法使自己更为清晰地区别于其他社会规范。可是这个企图的代价，就是上述的要害问题。

于是，哈特希望首先确立“好人”对法律分析的恰当意义。

在纷然杂陈的社会行为中，可以看到许多具有一定规律性的行为模式：每天晚上散步、喜欢聊天、定时品茶、周末听戏、准时上学、按时递交财务报表、进教堂脱帽沉默、每天做苦役、重要场合衣冠楚楚……这些行为模式之间有什么区别？怎样分类？

有人认为，其中可以分成两种基本行为模式：一是习惯行为，二是规则行为。两者的区别在于前者表现出没有外在的他人“要求”，而

后者则有这种“要求”。一般来说，像每天晚上散步、喜欢聊天、定时品茶等，就是一类习惯行为模式，当人们日日如此的时候，并没有什么人在旁边郑重其事地宣布“你应当这样做”“你必须这样做”。而准时上学、按时递交财务报表、进教堂脱帽等就不同了。我们可以发现，准时上学是因为学校作出了明确的规定，按时递交财务报表要么是公司老板提出了这样的要求，要么是政府制定了这样的规章，而进教堂脱帽肯定是教会很早就明确定下规矩了。当然，假如又有人明确地要求“你必须晚上散步”“你必须说话风趣”“你必须定时喝茶”，那些习惯行为也就变成了规则行为。对于规则行为，“要求”是外在于行为者的，这是说，“要求”是非行为者向行为者提出来的，而提出者本身不一定具有这样的行为模式。

不过，这种回答忽略了一个问题：行为者自己到底是怎样想的?有时，准时上学、按时递交财务报表、进教堂脱帽的确是出于被迫的缘故，因为有人觉得读书没有意思，交财务表太麻烦了，而进教堂脱帽是多此一举，从而不得已而为之；可是有时，人们这样做完全不是由于被迫，而是由于“自觉积极”的心态驱使的结果。不仅如此，有的“自觉积极”的行为者，还会向另外的行为者提出这种“要求”，因为他觉得，这“要求”是不折不扣的“正确”“正当”，其他行为者违背了“要求”便应当受到谴责。

当某个学生总是迟到，不准时上学，某些学生就会认为这是不对的而且应该受到批评，同时会认为，对其惩罚一番具有正当的理由；当一个公司职员没有依时上交财务报表，某些公司职员就会认为这是应当受谴责的；而当有人进教堂不脱帽时，有些做祷告的人便会认为，这是对上帝的不敬，同样应当受到谴责。在规则行为模式中，这类持“批评”观点的“好人”一定是存在的。

哈特提醒我们注意，正是因为有那么一些持“批评”观点的“好人”的存在，所以才能正常谈论习惯行为模式和规则行为模式之间的区别。如果只知道规则行为模式里有被迫的心态，而不知道还有“积极的主观态度”，就会混淆规则行为模式和另外一类被叫作“被迫”的行为模式。在被迫行为模式里，人们仅仅是出于恐惧的缘故，来做一些有规律性的事情，例如每天做苦役。

根据这种看法，将规则行为模式的特点理解为存在着一类外在的他人要求，与行为者的自愿态度没有任何关系，等于是承认了规则行为都是被迫的，等于将规则行为模式完全等同于被迫行为模式。哈特相信，这是霍布斯等人“强暴式解释法律”失败的关键。

对于规则行为模式来说，虔诚心理行为者的“批评”意念是在行为者头脑中表现出来的或说“内在的”，而行为的规律性是外在的。没有“批评反省”性质的内在主观方面，我们只能看到习惯行为和“匪徒逼迫式”的被迫行为。行为者自己积极地批评反省，而不是其他人的“要求”，才是规则行为以及规则本身存在的根据。哈特说，在所有规则行为模式中，都可以发现“好人”的积极态度。

在象棋一类的体育比赛中，就可以发现那些棋手都是非常遵守规则的。他们显然不是以外在观察者可观看到的那种方式，仅仅具有移动棋子的习惯。其中大多数人，对每一个移动棋子的行为，都有一个反省性质的批评态度。他们不仅自己以比赛规定的方式移动棋子，而且对所有有关下棋的动作“具有看法”。当有人不遵守规矩或者不服从裁判的时候，那些“看法”就会以“批评”“指责”“要求”的方式表现出来。这些可以称作“好人”的棋手，会使用这样的“规范性”语言：“你不应该这样下棋”“他对你的批评没有错”“你应该服从裁判”“这样才是正确的”。[118] 总而言之，“任何社会规则的存在，包含着规则行为和对作为准则的规则行为的独特态度之间的结合”。[119]

在哈特那里，“批评反省”的态度太重要了，它决定了规则是否存在。没有这种态度，规则也就无从谈起。而这种态度就是人们容易忘掉的“好人”的一个品格。法律当然是一种规则；既然是一种规则，那么，里面就有一个“好人”的态度的存在问题。

哈特特别地提醒人们注意，得到了“好人”的概念，就可以卓有成效地区别“有义务做什么”和“被迫做什么”，说明放弃权利为什么那样轻松，制定法律规则的主体和法官那样的官员怎样自觉地遵守和适用一般法律规则。根据这一概念，如果一个人认为有义务纳税，是因为他感觉到纳税是正确的，否则便是错误的，其心理状态和“被迫”的感觉丝毫无关；制定法律规则的人遵守法律规则以及法官自觉适用法律规则，是因为他们具有同样的“好人”心态。而债权人依据权利规则对债务人说“钱不用还了”，这既是自愿乐意的又是有理由的。概言之，有了“好人”的介入，法律的规则行为模式和一般的被迫行为模式可以说是一清二楚了，而“政治学”的法律思想，应该寿终正寝。

针对法律现实主义者霍姆斯对“坏人”的嗜好，“好人”的概念可以有效地提醒人们注意另外一类人是如何对待规则的。“好人”，尤其是那些具有“好人”心理的法官，绝对不像法律现实主义者所设想的那样与“坏人”是同类的，他们自觉遵守“一般性的要求”，是因为具有“批评反省”的主观态度，相信这样做才是正确的。而“好人”的概念，又能区分具有“良好心态”的规则行为和习惯规律的行为。哈特设想，法律现实主义者仅仅盯住法官外在行为的一个症结，就在于只看到了“习惯式”的行为规律。他们没有意识到，规则行为与习惯行为存在着基本区别，习惯做什么并不意味着具有内在的积极态度。法官喝茶、谈笑、看电视，是一种习惯行为，但是在固定时间审查案子的证据则是规则行为。

此外，“好人”的理论模型如果可以成立，那么，就有理由认为一般性的、普遍性的法律规则是存在的。法律现实主义者讲法律规则只在天堂里，不在现实中，理由之一在于，法官这种人总是背离制定法和判例里的“白纸黑字”规则，而且，极为强调，如果法官乐意，就可以将通常所讲的法律规则弃置不顾。可是，在规则行为模式中，具有积极“批评”态度的“好人”是不会这样对待规则的。

032　好人的态度·义务

从义务的角度来看，至少要存在某些好人的积极反省态度，否则，规则的行为模式无从谈起，规则因而也是没有根基的。反过来看，某些好人的正面心态决定了规则落地生根，而规则落地生根，便意味着把义务套在了人们的身上。当出现纳税义务的时候，是因为某些纳税人觉得纳税是应该的、正当的，他们会对偷税漏税的行为表现批评反应的态度，他们自己纳税，是因为自己就有积极的反省态度。从哈特的理论可以推出这个结论。

可是，这里存在着一个问题：为什么没有积极态度的，其他持中间立场的人或者“坏人”仍然具有义务？有些人虽然纳税了，但是并不具有积极的心态，他们也许认为，不纳税就会遭遇惩罚，所以迫不得已去交税。有些人也许干脆想“不管那么多了，交就交”。他们的义务仅仅是因为有些纳税人认为应该如此的缘故？有的时候，有人反对纳税，是因为认为纳税是错误的、不公正的，他的心理并不在于偷税漏税、损公肥私。他的确认为，政府征税是一种变相的盘剥，因而在道德上是不可理喻的。不管这种想法对不对，这类人被迫纳税的确是一种可以理解的“无可奈何”。在这种情况下，仍然能认为“好人”的态度是其交税义务的根据?

有些问题是更有争议的，会使这类冲突更为严峻。比如，对于“安乐死 ”“堕胎”之类的事情，反对者和赞同者可谓是长久地唇枪舌剑，有的时候甚至达到了水火不容的地步，而我们总是难说谁是谁非。支持一方，就等于在道德上没有令人信服的根据压制了另外一方。在这种情况下，能说反对者的积极态度足以成为赞同者不得如此行为的义务根据吗？如果可以，理由又是什么？

哈特理论的确暗含着一个想法：某些人认为“正确”这一观念本身，足以成为其他人的义务根据，哪怕这些人是社会中的少数。他说，社会义务主要在于大多数人的“好人态度 ”；换句话说，社会法律义务假如已经出现了，那是因为大多数人自觉遵守了一个规则。[120]而在某些场合下，也许大多数人并没有自觉自愿的态度，只有少数官方成员才有这样的态度，可是社会的法律义务依然是存在的。[121]这种说法就明白地表达了这样一个意思：有的时候，只要掌握权力的官员认为是“有理”的，那么社会大多数人便没有理由不服从由此产生的法律义务。如果是这样，义务的根据表面上看是由于“好人”的积极态度，而实际上有时倒是由于权力的决定作用。如果权力可以起决定性的作用，哈特的“好人”理论转来转去似乎在一定条件下又回到了“政治学”理论的“暴力”一说。

这样分析，从反方向说明，有些义务还的确是与“被迫”存在着密切联系。就被迫义务来说，边沁、奥斯丁等人的看法不是完全错误的。

033　法律的独特要素

哈特提出“好人”概念的目的，是要抑制法律思想领域里肆无忌惮的“强制暴力”观念的蔓延。其成效可以说是可观的。但是，“好人”的概念即使可以说明规则的特点，也还是不能彻底说明法律规则的特

点。因为，道德规则、习俗规则、礼仪规则等同样是规则，反映它们内容的行为模式也包含了“好人”的积极态度。法律规则与它们的区别是什么？霍姆斯强调“坏人”视角在法律思想中的意义，也是担心，“好人”的概念使法律显得没有意义，不能使法律区别于道德。埃利希那样的“泛规则主义”对“强制暴力”的法律也没好感，埃利希说：

在法律作为国家所维护的强制秩序这个概念里，有三个成分无论如何都是要加以排除的……这三个成分是：法律由国家创立，法律构成法院或其他审判机关判决的基础，法律是因为这些判决而来的强制基础。它们都不是法律概念的要素。[122]

可是这样批判的结果，反过来却使埃利希自己都无法说清楚法律和其他社会规则的区别究竟是什么。哈特知道这里隐藏的“悖论怪圈”。

哈特指出，法律规则和非法律规则的区别，在于前者包含了官员一类的权威人物的“积极态度”所接受的“次要规则”（secondrules）。法律规则的存在，依赖官员的积极态度，透过这种态度去观察，就可以清晰地看出次要规则，从而分辨法律规则和其他种类的规则。

现在我们解释一下“次要规则”。如果我们把所有的规则都拿来看一下，就可以发现规则的种类是千奇百怪的。有的规则会讲不得侵占他人的财产；有的会讲只能一夫一妻；有的会讲签订契约以后依然可以修改，只要双方都是自愿修改的；有的会讲在立法机关允许的情况下，政府机构可以制定行政规章；有的则讲上级法院的判决可以作为下级法院加以遵循的判例……我们从不同角度可以对这些规则作出不同的分类，而有一种分类是最为普遍的：义务规则和权利（或权力）规则。义务规则告诉你不得做什么或者应该做什么，而权利（或权力）规则告诉你可以做什么。如果喜欢的话，可以像有些专家那样，

把权利（或权力）规则叫作授权规则。第一个例子和第二个例子就属于义务规则，它们讲的就是应该做什么和不得做什么。而后面的例子，差不多都是属于权利（或权力）规则，它们都说可以做什么。哈特认为：

前一类规则设定义务；后一类规则授予公共权力或者个人权利。前者涉及人们的行为的活动或者变化；后者具有不仅引起人们行为活动或者变化，而且引起创立或者改变责任或义务的作用。[123]

后一类规则就是哈特时常提到的“次要规则”。

不过，笼统地这么解释“次要规则 ”，恐怕还是不能区别法律和其他东西。比如，在道德领域里，不仅存在着道德义务，而且还存在着道德权利，这样说来怎样看出法律与道德的区别？所以，哈特又在授权规则里挑来挑去，找到了一些在道德领域里怎样都不会出现的规则来详细解说“次要规则”。

现在，我们假设一个像原始社会那样简单的社会，里边只有一些义务规则，比如“说话要讲诚信 ”“不得谋杀”等。用这种方式看看哈特怎样详细解说。

不难看到，在这么一个社会里，义务规则至少存在着三个不足：第一，人们容易对它的内容是什么或者它的精确范围是什么产生疑问，比如，“说话要讲诚信”包括哪些内容？当两个人说好了要一手付钱一手交货，“说话要讲诚信”包括不包括“付全部钱和交全部货 ”“按时付钱交货 ”“在对方说话不讲诚信的时候依然付钱或者交货”等内容？如果付了一部分的钱或者一部分的货、因为特殊情况推迟了付钱给货、在对方违约了的时候依然给付钱物，算不算是已讲诚信？在不治之症的患者同意的情况下，用没有痛苦感觉的方式让他“安息”，或者自己在不舒服的情况下堕胎，叫不叫作“谋杀 ”？第二，义务规则的变

化发展以及取舍完全是习惯性的，人们在主观上是无法控制的（如果想要控制的话），比如，如果想让人们接受安乐死，接受堕胎，只能等待人们日复一日年复一年慢慢地改变习惯；第三，当出现纠纷的时候，比如一方付钱一方却没有交货，有人坚决认为堕胎就是谋杀，那么谁来解释说明“说话要讲诚信”“不得谋杀”的含义，谁来确定争议者的权利义务?

我们再来假设，后来，这个社会的确是进化了，出现了另外一套规则弥补了这些不足。首先，新的一套规则规定了在哪里去查找“说话要讲诚信”和“不得谋杀”的具体内容和范围，这两条义务规则到底有什么效力。其次，新的规则规定了像安乐死和堕胎之类的行为什么时候必须被人接受，“要讲诚信”什么时候没有用了。再次，新的规则规定了一个权威，比如今天我们说的法院，可以解决纠纷。

出现了这样一套新的“次要规则 ”，哈特说道，法律的要素就出现了。法律就是这套新的规则和一般义务规则的相互结合。[124] 不信的话你可以仔细想一想，在道德领域里就不会出现这样一类新的次要规则。

在这些携带“法律要素”的次要规则中，有一个叫作“认可规则”[125]，它是尤其重要的。正是这个规则弥补上述第一个不足。因为，它可以回答法律是什么，可以确定某种渊源— —比如立法者制定的规则或者法院提出的判例— —是否成为法律的渊源，并且对一个法律制度什么时候是存在的提供了一个标准。之所以将它叫作“认可规则”是因为，这个规则表现了在“好人”的态度里出现了对“什么是法律”的认可。

在下面这些话中我们可以看到“认可规则”最为明显的两个例子：“凡是国家议会所颁布的就是法律 ”；“一个规则是一个法律制度

的规则，当且仅当这个规则由立法机关颁布，或者来自立法机关颁布的规则。”

哈特告诫我们，千万不要将“认可规则”的存在方式等同于一般理解的法律规则。一般理解的法律规则是白纸黑字的，而“认可规则”既可以是成文的，也可以是不成文的，它可以以各种言语表述方式存在于人们的日常实践中。比如上面两个例子，就不一定是权威机构用纸写下的，或者由法院用判决方式宣读出来的，它们也许存在于人们的日常话语中。一个规则可以看作一个法律规则，正是因为“认可规则”确立了一个标准。但是，“认可规则”自己成为一个法律规则，倒仅仅是因为人们所具有的“积极态度 ”。换个说法，“认可规则”具有一种法律的性质，仅仅是因为官员和一般百姓在确定什么是法律的时候，自觉自愿地以它作为确定的标准，所以，“认可规则仅仅是作为法院、官员和个人在依据某种标准确定法律的时候，而从事的复杂但有正常一致的实践而存在”。[126]

在这里，我们要回忆起上面讨论过的“好人态度 ”。出现了好人的态度，才说得上规则的存在。不仅对义务规则来说是这样的，对授权规则来说也是这样的。而好人对“认可规则”的积极态度，就意味着法律开始出现了。好人的态度是非常广泛的，不仅在官员那里可以看到，而且在平常百姓那里也可以发觉。所以哈特讲到，法律的存在“必须满足两个必要的条件：第一，人们必须服从那些根据法律制度的最终效力标准而具有效力的行为规则；第二，官员必须实际上接受法律制度里说明法律效力标准的认可规则……作为共同的、公开的官方行为标准 ”。[127] 不过，哈特基本上强调了官员的积极态度的最终意义：即使大多数人没有理会“认可规则 ”，但只要官员“正常一致”地接受它，法律也是存在的。[128]

这就表明，在官员“正常一致”的积极态度中，我们可以观察一个决定性的“认可规则”；而在“认可规则”的内容里，我们可以观察法律的内容是什么了。到了这里，一个新的、不同于埃利希理论的“社会学”观察式法律思想诞生了，它还大致躲避了无法区分法律和非法律的困惑。

034　观察行动和观察态度

如果我们仔细观察一下的话，可以发现法律现实主义者和埃利希的“社会学观察”集中在了行为者的“行为”上，而哈特强调了行为者的“态度”。前者告诉我们：最好是看看人们做了什么；而后者却说：最好是注意人们想了什么。

为了说明他们之间的区别，我们考察一个小案子。

1948年11月20日，有三个美国人一起去打猎。一个叫萨莫斯，一个叫泰斯，另外一个叫西蒙森。萨莫斯是一个非常老实的人，而泰斯和西蒙森则是比较机灵的。那天，三人约好一起外出打鹧鸪。由于打这种鸟一定要分工合作，有人负责把鸟哄起来，有人负责射击，泰斯和西蒙森便对萨莫斯说，他们两个人射击水平是比较好的，哄鸟的任务只能由萨莫斯担当起来。萨莫斯同意了。鹧鸪有个习性，一定要特别靠近哄打它才会飞起来，如果在草丛中，人们很难看清它的身影。这样说来，萨莫斯在哄鸟的时候就会冒风险了。事故终于发生了。当萨莫斯哄起一只鹧鸪的时候，泰斯和西蒙森双双举枪射击，不幸的是，一颗子弹打中萨莫斯的上嘴唇，一颗子弹打中了萨莫斯的眼睛。嘴唇的问题是不大的，几天以后便长好了，但是眼睛却彻底失明了。[129]

怎么办呢？大家只好一起来到了法院。

可是，有个很重要的问题是无法解决的。这个问题不仅萨莫斯不知道，而且两个射手也不知道：究竟是谁枪里的子弹打中了眼睛？只要学习过法律的人都知道“民事赔偿责任”这个概念。这个概念包含了几个颇为紧要的条件，其中一个就是：受害人的损失与侵权人的行为存在“直接因果”关系。这里“直接因果”关系的意思是讲的的确确是侵权人的行为造成了损失。如果查来查去，不能发现损失与侵权行为有直接的因果关系，那么侵权人的意识中再有怎样的恶意，也不存在赔偿损失的问题。依此推论，萨莫斯必须确切地证明是谁的子弹打中了自己的眼睛，才能要求赔偿。他不能要求泰斯和西蒙森一起赔偿，因为，毕竟是一颗子弹打中的，两个人一起赔偿显然是不当的。恰恰是根据这个理由，一审法院判决萨莫斯败诉。法院指出，萨莫斯必须要举证表明到底是谁的子弹打中了他的眼睛。

我们在旁边可以看出，一审法院的判决固然是有道理的，但是对萨莫斯来说可能太不公平了。萨莫斯当时受伤了，根本不能立即有所反应以判断究竟是谁的子弹打中了自己的眼睛。二审法院同情萨莫斯，不管以往的条条框框，作出了这样一个判决：因为两个被告是共同有过错地向原告方向开枪的，所以，两个被告必须证明不是自己的子弹打中的，否则，只能共同赔偿。由于两个被告不能自己证明自己，终于被判共同承担责任。[130]在后来的许多案子中，法院时常遵循了一条原则：赔偿责任不一定要以侵权行为和损失之间存在着直接因果关系作为条件。

对这个小案子，法律现实主义者会认为，我们要观察法院在判决过程中的一举一动，法律就在这一举一动之中。如果一审法院判决后当事人没有上诉，法律就在一审的判决行动里；如果上诉了就在二审的判决行动里。埃利希会认为，法院的行动固然是重要的，可是民间的行为活动是更为重要的，我们是不是可以这样考虑：因为民间总是希望以类似的“共同责任”的方式来解决这样的纠纷，而且在其他方面

的日常活动中出现的类似问题，也的确是以这种方式解决的，所以，法院的判决行为还是受活生生的社会行为影响的。而哈特则会认为，我们需要看看法院的态度是什么，通过法院使用的语言词汇，我们可以发现一审法院和二审法院对以往法院判决的“行为规律性 ”——通常怎样判决，有什么态度。一审法院依循了以往的规矩，但是二审法院没有。而在二审法院判决以后，法院又形成了一种新的“行为规律性 ”。这其中的态度或者“想法 ”才是最重要的。

“社会学”的观察方法在这两个思路— —即观察行为和观察态度上早已分道扬镳。曾经有一段时期，社会学特别喜欢模仿自然科学的方法。在这段时期人们都在提出一个问题：为什么社会科学不能像自然科学那样观察研究对象？正像自然科学家研究行星、花鸟、风雨、光线、沙漠、猫鼠一样，社会科学的学者也能研究人类社会才是。自然科学研究的东西，看得见摸得着，所以，社会科学也要研究看得见摸得着的东西。然而如果这样的话，恐怕就只有人的行为可供研究了。法国社会学家迪尔凯姆的确极力提倡，“要把社会事实作为物来考察”。[131] 他说：

一切行为方式，不论它是固定的还是不固定的，凡是能从外部给予个人以约束的，或者换一句话说，普遍存在于该社会各处并具有其固有存在的，不管其在个人身上的表现如何，都叫作社会事实。[132]

我想，法律现实主义者和埃利希的“社会学”观察的精神气质，和迪尔凯姆是一脉相承的。他们都把视野主要集中在了“人做了什么”上。

后来，有人发觉，人的行为和人的动机信念的关系是十分紧密的。人做了什么和一般动物做了什么总是不同的。观察动物仅仅需要观察它们的行动，因为它们只有本能。但是人就不同了，他除了本能之外还有思想、观念等独特的精神世界。仅仅观察人的行为，是不是

把人和一般动物等同起来了？其实，恰恰因为观察者和被观察的社会群体以及个人都是人类，都有着相通的精神世界，所以，从人的头脑观念中去理解人的行为一定会有收获。这不是说人的所有行为都是理性的故而存在了统一性，而是说，从理性的模式理解人的行为是十分有用的。[133]

从下面的具体例子中我们也可以看出，仅仅观察行为而不去理会动机如何，可能根本无从了解行为的意思是什么。假如遇到一群人闭目围圈而坐，单纯的观察可以得出什么结论？他们也许在排练一个节目，也许在亲密地谈心，也许仅仅是木然地发呆。单纯观察除了所看到的之外，是毫无所获的；而得到了他们活动目的的信息，才会真正理解他们坐在那里是什么意思。

基于这类想法，早在20世纪初，德国学者马克斯·韦伯就颇有创意地提出：社会学的关键在于根据行为者主观呈现的意义来理解社会现象，而不在于仅仅观测可以观察到的行为规律。[134] 韦伯毫不犹豫地切开了自然科学和社会科学的方法连接，他告诉我们需要注意，社会科学的任务是深入到个人的主观理智中，是窥视社会行为的动机，这样的研究注定截然不同于自然科学所从事的研究。这是说，我们不能“理解”细胞的行为或者行星的运转，因为它们没有动机、想法之类的主观东西，从树上往下掉落的苹果本身也并没有牛顿的重力观念；可政治或者宗教的行为就大不相同了，人们自然具有与政治或者宗教相关的观念，他们主张“民族主义”“阶级斗争”“原罪”“赎罪”之类的观念去采取某种行动。他们的行动，也的确只有通过这些观念才能给予说明，这些观念或者想法，作为一种推动力量的的确确参与了行动者的行为。

韦伯曾经说过更为具体的例子：发脾气、劈柴和打猎。他的意思是讲，只要根据一个人面部愤慨的表情的观察，我们就可以知道他在

生气这样一个事实。当观察樵夫劈柴或者猎手瞄准动物的时候，我们获得了另外一些事实，仅仅观察这些行为，便足以明白什么事情正在进行之中，但是，要理解它们为什么在进行，恐怕就要理解那些人的动机了。一旦发现樵夫是为了赚钱，养家糊口，或者为了借干活来发泄脾气，就可以在新的一层意义上恰当地理解劈柴行为；同样，如果知道了猎手为了吃还是为了运动而狩猎的时候，也就可以对打猎行动有了一层新的恰当理解。所以，“当我们涉及‘法律’‘法律秩序’‘法治’的时候，我们一定要严格地注意……社会学研究的是社会中实际上发生了什么，因为存在某种场合，即社会成员相信秩序的效力并且使自己的行为顺应这一秩序”。[135]

英国社会学家温奇（Peter Winch）赞同韦伯的观点，故而也以为，一个研究“宗教的历史学家或者社会学家，如果希望研究清楚他正在研究的宗教运动的意义，并且理解支配这种运动参与者生活的思想观念，他自己就必须具有某种宗教的感情”。[136]而“‘理解’……是把握人们所说所做的要点和意义。这一观念远离统计和因果律的世界，它更为接近主观表达的领域，更为接近联系主观表达领域各个部分的内在关系”。[137]我们显然可以看出，在思想嫡传谱系上，哈特是韦伯和温奇的后人，其实，在哈特自己的书里完全可以见到哈特赞赏温奇想法的地方。[138]

不过，对于韦伯和温奇的说法，我们会想到一个比较不易克服的困难。如果观察者和被观察者之间存在着一些十分重要的文化差异，他们之间的思维方式和观念内容迥然相异，那么，观察者怎么能够理解被观察者的动机观念？在一个原始部落里，一群人围地而坐，当我们不断地观察进而得出他们可能是木然呆坐的结论的时候，他们自己也许认为这是再重要不过的敬神祭祖或者祈求老天保佑的行动。而当我们认为这对生活来说毫无意义的时候，他们可能认为，这对生活是

举足轻重的。这样的话，“理解”就会发生“误解 ”；而如果会发生误解，倒不如只观察“围地而坐”这个行为更为可靠一点。

另外一个比较不易克服的困难是：观察者怎能证明实际上已经掌握和理解了行动者的主观态度？观察者如何证明围地而坐的人是排练一个节目，是亲密谈心，还是木然呆坐？如何证明樵夫劈柴是为了养家糊口，还是为了发泄？如果真的误解了，又如何觉察？韦伯不厌其烦地讲，观察者必须以某种外部的、行为的尺度去检验他的理解。可是，假如行为者的行为才是其内在主观状态的最终检验，观察者恰恰就应该全神贯注于外在的行为，而忘掉内在的主观问题。这样，我们又回到了这个结论：只观察“围地而坐”这个行为更为可靠一点。

对于这些困难，不知法学家哈特会怎样解决。

当然，笔者无意在此非要为两种社会学的方法辩个清楚明白，指出哪个方法是正确的，而仅仅是希望指出在法律思想里，法律现实主义者和埃利希走入了一条社会学观察的道路，而哈特开辟了另外一条社会学观察的道路，他们由此得出了彼此大有区别的法律思想的结论，他们分别依赖的社会学的基本方法，在根底层面上也是存在严重分歧、相互竞争的，并没有显示出哪个已经把握住了通往绝对可靠的目标的航向。

035　法律中的行动与行动中的法律

在“社会学”观察思路的内部，我们可以看到一个不大不小的矛盾对立；在这个思路之外，我们也可以觉察另外一个不大不小的争论。

像从色拉叙马霍斯到奥斯丁那样的“政治学透视”的学者，在编织自己的法律思想图画的时候，并不是没有注意到社会中活生生的法官、一般百姓对“白纸黑字”规则的态度和行为。这些规则制定出来之

后，法官可能在实际中对其不屑一顾，百姓可能依然在习俗道德世界中我行我素，或者虽然说法官以及百姓的整体行为中存在着一致性，可是这种一致性也可能在基本层面上与“白纸黑字 ”的规则相去甚远。对这些“不正常”的现象，热衷“政治学 ”视角的学者当然是看在眼里记在心上。他们并不否认这些现象可能存在或者已经存在，那么，他们是如何描述这些现象的?

我们肯定会经常听到这样的说法：“法官可以实施自由裁量权来灵活地处理案子 ”“法官不能偏离一般的法律规则自行其是 ”“一般规则是有效力的，但是也许没有实际的效果 ”“一般百姓总会规避法律规则 ”……这类说法，正是那些热衷“政治学”视角的学者用来描述“不正常”现象的日常话语。换句话说，那些学者可以这样认为：“社会学”观察的理论实际上说明的是法律世界中的一种现象；这种现象的存在，并不等于我们有理由认为法律不存在于一般性的“白纸黑字”的规则之中，而存在于官员或者百姓的一般行为之中。用前面那些句子说法，依然可以把这种现象说清说透。

现在接下来的问题是：如果这些句子说法与“社会学”观察的说法所描述的是同一个现象，那么，后者有什么理由认为自己的说法才是有道理的？这个问题是颇为重要的。因为，假如后者没有什么理由，那么后者不过是在简单地用 “Y是猫”的方式来对付前者的 “X是猫 ”，双方的不同似乎是“没有意义”的不同，后者的挑战也是“没有意义”的挑战。

但是，我们可以觉察，“政治学”视角的学者使用的那些句子说法有一个隐蔽的假设前提：我们可以知道一般“白纸黑字”的规则的确切意思是什么。当说 “法官可以实施自由裁量权来灵活地处理案子 ”，等于暗中在说：“白纸黑字”规则的确切意思世人都知道，只是按照这个确切意思断案是不太合适的，所以，法官有权灵活地处置；同样，当

说“一般规则是有效力的但是也许没有实际的效果”，等于在讲：一般规则的意思也是清楚明白的，只是在社会中可能遭到了人们的冷落，故而无法发挥应有的实际作用；对于“法官不能偏离一般的法律规则自行其是”，我们也可以看到其中具有这样的意思：一般规则的内容已经是明确的了，法官偏离这样的规则没有正当的理由；而对于“一般百姓总会规避法律规则”的描述，我们也会看到它的意思是：一般百姓都知道法律规则的内容，只是想方设法躲避法律的约束。

如果真是可以知道一般“白纸黑字”规则的确切意思，那么，社会学观察的说法就是不可信的，而政治学视角的句子说法才是可信的。如此说来，我们就有必要首先看看，是否可以知道白纸黑字规则的确切意思。

为了探讨这个问题，我们先看三个英国法院的判例。

第一个判例。英王威廉四世（William IV）时代，有规则规定：如果想在皇家法院对一些船东提出诉讼（action），就要提前一个月作出通知。不久以前，英国法院在审理一个小案的时候遇到了解释这条中“诉讼”一词的麻烦。说起来，“诉讼”一词在今天是非常容易理解的。按照字面的一般含义，它就是一般所说的“官司”，当然包括了所有法院审理的官司。可是，伦敦上诉法院法官厄舍尔勋爵（Lord Esher）另有“高见”，他说：“诉讼”（action）这个词不能适用于当今的海事法院的诉讼程序，因为，海事法院的诉讼程序在威廉四世时代叫作“讼案”（suit）或者“诉案”（causes）；而且，也没人把海事法院叫作皇家法院，或者归入皇家法院的行列。[139] 于是，规则的意思就由厄舍尔的说法来决定了。

第二个判例。1967年，英国颁布了一个称作《堕胎条例》的一般规则。里面规定，在某些情况下已经注册的医护人员可以给孕妇打胎。那个时代，英国的堕胎方法只有两个：外科手术和宫内堕胎。由

于技术上的要求，这两种方法都需要持有医生执照的医师在场才能运用。大概是1971年以后，宫外堕胎方法出现了，宫外堕胎方法当然不同于前两种方法，而且，它的一个特点是需要运用一种药物做长达30小时的引产。30小时当然是较长的时间，如果医师一直在场可就太辛苦了，于是，英国卫生与社会保障部宣布，只要医师开始了堕胎过程，并且有了“批准”的明确表示，护士就可以将余下的手术做下去。显然，这类宣布与《堕胎条例》有些出入，它等于是同意护士有的时候可以单独给孕妇打胎。这样，十分认真的皇家护理学院将卫生与社会保障部告到了法院，要求法院判决被告收回自己的讲法。经过几轮官司，原告与被告最后都来到英国最高司法机构上议院，等待大法官的最后意见。上议院大法官们非常肯定地说：《堕胎条例》没有提到宫外堕胎术，也不可能提到后来才出现的新技术，然而条例的目的自然是在于使“循规蹈矩的”堕胎自由化，我们没有看出宫外堕胎术与这一点存在什么矛盾。大法官们的想法是：新技术没有和规则的条条框框发生冲突。这样，《堕胎条例》的意思又由解释者的说法来决定了。[140]

第三个判例。1835年，英国制定了一个《公路条例》，使用了一个叫“修剪”的词。在一个有关公路旁边的树木修剪的小案中，这个词引起了争议：有人说，“修剪”就是砍掉树木的旁枝；有人说，修剪是截去不整齐的顶端；还有人说，前面两个说法都是不对的，这个词是指既砍旁枝又截顶端。一般来说，“修剪”的普通意思的确是指“既砍又截”，可是，英国法院在这里非要坚持不能依循大众百姓的普通理解，相反，修剪行业对它的专业理解才是定案的根据。而依照园林专业的看法，砍掉旁枝与截去顶端是完全不同的，只有“砍掉旁枝”才是准确的“修剪”的意思。如此，“修剪”就成了法官所说的“修剪”。[140-1]

在这三个判例中，我们可以发现，一般规则的意思和解释方法是关系密切的，解释方法有所不同，得到的意思也有可能是不同的。我

们有什么理由说“其中的某个意思才是规则的原有意思 ”？在主张不同意思的各方来说，他们恐怕都认为自己理解的意思才是“真正的 ”“正确的 ”，也是规则本身就具有的意思。在这种情况下，我们能否得到一个权威的裁判者，由他决定：规则的原来意思如何如何，而某某的解释和这意思是一致的？

我们很快会想到一个裁判者— —规则的作者。大凡制定一个规则，总要有一个作者，就像写一篇小文章，总会有一个人在那里写字，那个人一定会把自己的想法放在“作品”里。规则的原有意思就该说是作者设想的意思。这个想法初看起来好像是很可靠的，但是仔细考究一下，就会发现问题并不是那么简单的。

第一，“作者”解释以后，我们对他的解释难道不需要再解释了？假如需要再解释，那么，谁又能断定其中一个再解释是唯一正确的？第二，我们会发现，在制定一个规则——尤其是被人们叫作“法律规则”的规则的时候，作者通常不是一个人，而是一伙人；更为重要的是，我们总会发现他们争论来争论去，最后，规则的通过是以投票的方式来实现的。如此这般，我们能不能知道他们所有人的想法从而总结出一个“整体作者”的意思？在那些想法千奇百怪甚至互相矛盾的时候，找出一个决定规则意思的“权威”想法是否可行？第三，如果作者死了怎么办？像在前面提到的第一个和第三个判例里，规则就是上百年前规定的规则，作者早已是辞世作古，我们今人怎么可能再去询问“请教 ”？第四，就算作者依然是健在的，而且他们有可能给出一个一致的解释说明，以致我们天天都能够去讨教，我们还会遇到一个政治悖论：一方面希望把立法和司法分开，另一方面又允许立法者不断地解释从而让其将立法和司法合二为一。其实，当希望把立法司法分开的时候，我们是在希望避免“一人掌两权”的专制局面（因为立法者有可能根据自己的需要来解释规则），而立法者不断地解释势必导致两权合为一权。

这样看来，“作者”这个裁判者是不能让人乐观的，让他来确定解释出来的意思和规则的原有意思是否一致，人们心里恐怕还是会担心。而除了作者之外，任何一个自称是“裁判者”的裁判者又都无法避免本身就是一个解释者，他自己所想到的“规则原有意思”又无法避免是一个自己理解的意思。这样，“原有意思”这个概念本身在规则上不就成为虚构的了？既然没有什么“原有意思”，我们又怎样可以得到“白纸黑字”规则的确切意思？

把话说到这里，我们可以进一步理解“社会学观察”如此迷恋社会的活动和行为，绝不是毫无道理的。

小　结

“社会学的观察 ”，最为重要的企图在于把人们考察法律的视角从“无生气的文本”转向“有生气的行动”。

公元前19世纪，两河流域拉尔萨城市国家《苏美尔法典》第9条规定：如果牛伤害了他人栏中之牛，则应以牛还牛；欧洲中世纪《萨利克法典》第一部分第1条规定：凡是遵照王命，被传唤到庭而拒绝不到者，罚款600银币，折合15金币；英国1215年《自由大宪章》第23条规定：对于任何市镇或者个人，不得强迫其修筑河上桥梁，以往负责筑桥者除外。根据色拉叙马霍斯、霍布斯、边沁和奥斯丁那样的“政治学”观点，如果要研究拉尔萨城市国家的动物侵权法，就要注意《苏美尔法典》第9条的规定；如果想知道萨利克王国的法庭秩序的法律，就应该查阅上述《萨利克法典》的说法；如果想了解13世纪英国民权方面的法律，也不得不查看《大宪章》里的白纸黑字的规定。因为，法律就在这些文本之中。

可是根据法律现实主义者、埃利希和哈特那样的“社会学”观念，我们恰恰是要看看那时候的法院是怎样具体判决的；看那时候民间的行为规矩是什么，它和官方的行为规矩存在着什么关系；看整体上的官员的主观态度是什么样子。总之，“真实的”法律就在现实的人们的行为或者态度之中。

第三章 “规范学”的假设

人们常说，理论里面的东西，可爱的不可信，可信的不可爱。这可以试着用来说明“政治学”透视和“社会学”观察与我们一般人的感觉的关系。从一般人的常识感觉来说，“政治学”的理论还是比较容易接受的，和常识对法律的看法大体上是默契的，说它可爱是完全可以的。但是，分析思考一下，又会发现它还是不可信的，因为，正是和常识感觉太“默契”了，所以问题也是比较多的。就像古希腊人和许多没有任何科学知识的人深信太阳是围绕着地球而转一样，在经过科学的一番分析思考之后，感觉终于发现大错特错。与之不同，“社会学”的理论想来想去还是有些可信的，经过一番“探索”总会觉得其中还是有一些道理的。但是它和常识对法律的认识毕竟是差距太大了，所以又是不大可爱的。

“社会学”理论的另外一个主要“疑惑”之处，就在于不知不觉地使我们忘掉了“应当如何”的问题。法律的一切都在行为和态度之中，如此，我们还有什么必要去谈“应当如何 ”？我们只能谈论“将来会是如何 ”。然而，我们一想到或者一提到法律，有时就会想到或者提到“应当如何”的问题。如果认为存在一条法律，它规定“必须借钱还钱 ”，不论是在“行动”中还是在“文本”中，我们都会想到那是“应该”的。哈特已经发觉了这里的问题，所以在讲述自己的“认可规则”的时候，又在暗示被它决定效力的规则还是存在一个“应当如何”的问题，尽管在官员的一致性的行为中，才能开始观察并且观察到这个问题。

“应当如何 ”，实际上与人们常说的“规范”一词存在着很大的联系。奥籍法学家凯尔森（ Hans Kelsen）相信法律就是一套 “规范 ”的

体系，里面所规定的就是“应当如何”的内容。所以，他要在“政治学”透视和“社会学”观察之间开辟一个中间道路，让法律在“应当”的王国里保持自己的纯粹性。

036　用“规范”的概念替换法律背后的“意志”

为了说明凯尔森的思路，我们再看看前面深入讨论过的里格斯诉帕尔玛案。在那个案子中，很重要的一个问题就是遗嘱的效力。帕尔玛的祖父生前立下了遗嘱，要把财产全部传给帕尔玛；遗嘱的手续是完备的，旁人因而也是没有任何疑问的。可是后来帕尔玛丧失了基本的道德观念，残忍地将祖父谋杀了，从而又使人们给帕尔玛的继承权打上了问号，并且引来了法官们不断的针锋相对的辩论。怀疑“继承权”的有与无，等于是怀疑“遗嘱效力”的有与无，因为不承认帕尔玛的继承权，等于否定了遗嘱内容的有效性。凯尔森并不关心法官们究竟是如何判决这个案子的，而是关心这样一个问题：遗嘱的效力是从哪里来的?

有人可能会说，遗嘱的效力是从遗嘱人的意志那里来的，遗嘱人有了愿望或者意志，从而使遗嘱的内容成为遗嘱人的意思表示。当然，我们有时还会以为，遗嘱的形式和过程符合了一些权威性的规定，所以“具有效力”了。

但是，凯尔森却设想，遗嘱的效力和遗嘱人的意志是根本没有关系的。在他看来，遗嘱的效力“一定不在于遗嘱人心中的心理意志行为，而是另有所在。即使遗嘱人方面的真实意志对遗嘱的效力是必要的，约束力也不可能属于这一意志… …”[141]那么，为什么遗嘱效力与遗嘱人的心理意志是没有关系的？凯尔森的意思是：第一，我们显然可以发现，遗嘱人活着的时候遗嘱是自然有效的，同时在他死了以后仍然是有效的；第二，因而问题的关键是，在他死了以后他是不可

能再有意志的，然而此时人们当然不会因为他不可能再有意志而认为遗嘱是无效的；第三，这就表明了遗嘱的效力来自另外一个地方。

在前面我们另外还谈论过一个古罗马的购房契约的例子。在这个例子里，一个青年和一个老人想就一幢房子做成一桩买卖。年轻人和老年人都很遵守规矩，签了白纸黑字的契约。但是谁知道一场大火烧了房子的一部分，两人因此都不知如何是好。现在，我们假设房子的那一部分没有被烧掉，而是老人反悔了，不想卖房了，这时候的契约是否仍然有效？[142]我们肯定会说：当然是有效的，既然双方有了意思表示，就要遵守承诺。

这个案子如果摆在凯尔森的面前，凯尔森同样不会关心法官将会如何判决，而是关心为什么那个契约是继续有效的。他还可能提出一个类似的问题：如果老人在契约签订后的第二天就去世了，那么契约是否依然是有效的？当然，谁都不会否认契约仍然是有效的，凯尔森也不会。可是进一步的问题是：为什么是继续有效的？如果认为因为契约的效力来自青年和老人的意思表示一致的意志，那么，人改变了自己的想法或者死亡了，意志还存在吗？如果意志不存在了，契约怎么还会具有效力？

凯尔森十分肯定地说：

为了要成立一个“有约束力的契约 ”，两人就一定要表示他们的协议，即他们关于某种相互行为的一致意图或意志。契约是双方缔约当事人的意志的产物。然而，即使在后来当事人一方改变他的意思而不再想要他在缔约时表示想要的东西时，这个契约还是被假定生效的。因此，契约就使这一方承担了违反其真实意志的义务，所以，约束力不在于双方当事人的“意志 ”；这种“意志”也不可能在契约已缔结后，继续“有效力”。[143]

在上面两个例子中，凯尔森是想说明心理学意义上的“意志 ”

对于遗嘱和契约那样的“规范”的效力没有决定性的作用。对于这点，我们经过一番思考后也会赞同凯尔森的意见。但是，另一方面，我们和凯尔森一样不会忘掉另外一个问题：遗嘱和契约的有效也依赖一般人所说的“法律”的规定。但凡有点法律知识的人都会知道，遗嘱人死亡之后遗嘱就要执行，签约人反悔就要强迫其践约，因为，“法律”是这么规定的。所以，效力又来自“旁边”的规范— —比如法律规定。在古罗马的房屋买卖一案中，“旁边”的“规范”就是古罗马的法律规则和查士丁尼的“圣谕 ”。如果凯尔森否定“意志”在遗嘱和契约效力上的意义，其目的在于提醒这后面一点，那么就和我们所想到的没有什么太大区别了。我们在说“意志”如何重要的时候（尽管不是很对），也知道旁边有个法律规定的问题。这样，有人自然会问：凯尔森的想法究竟具有什么特别之处?

凯尔森是非常有学问的，对遗嘱和契约里面的意志问题的“清理”，当然不会就事论事，而是别有一番“叙事策略 ”：试图清除法律背后的“意志”概念。他在深思这样一些问题：为什么一般人会以为意志决定了遗嘱和契约一类东西的效力？为什么色拉叙马霍斯、霍布斯、边沁和奥斯丁等人会以为法律背后存在一个主权者的意志？这样两个问题是否有点关联?

有的时候，人们容易以为，法律是被制定出来的，既然是被制定出来的，那么当然体现了制定者的意志，所以，意志决定了法律的约束力。凯尔森断定，正是因为法律看上去和遗嘱、契约一样是由人来制定的，所以，这些东西的效力都被看作来自制定者的意志。而且，即使发觉遗嘱、契约之类的效力还要依赖法律的规定，人们也还是不会怀疑法律自己的效力来自“意志”。可是:

法律规范的“存在”（即效力）并不是心理学上的现象。即使当那些创造了一个法律的个人已不再对这一法律的内容表示意志时，甚至当任何人都不对它的内容表示意志时，至少那些有权以他们的意志行为来创造法律的已不再如此时，法学家还认为这个法律是“现存的”（即有效力）。当那些创造法律的人死去已久并已不再有任何一类意志时，那个法律却还“存在”，这种情况的确是可能的并且实际上也往往如此。所以，纵使对立法来说，一个真实的意志行为是必要的，但有约束力的法律不能是立法者心中的意志。[144]

依照凯尔森的思路，如果认为法律的效力来自制定者的心理学上的意志，那么，制定者死了以后或者不再表示意志的时候，效力也就不存在了，可是，法律的效力从来就没有因为制定者的意思表示的停止而停止。

如此说来，人们认为法律的效力来自主权制定者的意志，就像误以为遗嘱和契约的效力来自订立者一样，是错误的。其实，正像遗嘱和契约的真正效力来自“旁边”的“法律”一样，法律规范的效力也是来自旁边的另外规范。“……法律要依靠立法程序的完成才开始出现，所以法律的‘存在’（即效力）就不在于属于立法机关的个人的真实意志中”[145]。

于是，凯尔森引出了一个一般法律之外的规范的概念。

037　意志·默认·认可

“规范”的概念稍后再做分析。我们先讨论一下“意志说”的是是非非。

凯尔森反复提醒人们注意，不论制定者是死亡还是另有想法，法律的效力总会自在自为地延续不断。用一种较为理论的话来说，法律

总是具有连续性的。霍布斯和边沁这样的“政治”敏感者相信，没有制定者的意志要求，法律的效力就像初生的婴儿断了奶一样必定是没有“存活”希望的，法律的连续性，只有在制定者的“意志”上才是一个有生存意义的概念。可是，这种观念不能说明一个情形— —当约束立法者合法交接权力的法律是存在的时候而出现的政权“安全过渡 ”。假如一个立法者是个单独的个人比如君主，在他寿终正寝之后，其子孙继承了政治权力，那么，在继任者表现出自己的意志之前，“先王”制定的法律的效力一般都会依然如故。人们的确可以发现，“先王”制定的法律是由于一类约束权力继承的法律的存在，而继续有效力的。

自然，霍布斯、边沁包括奥斯丁等人自然也并非不知道他们的观念在此可能受到批评。为了应对这个批评，奥斯丁就曾经说过，我们不要忘记还有“默认”这个词。之所以前任君主的法律继续有效，是因为当国家的一些权力机构比如法院和其他政府部门再适用它们的时候，后一任的君主给予默认了。而且，就在前任君主依然健在，另有想法的时候，“法律制度”仿佛以习惯方式存在于社会中，也是由于被“默认”的缘故。比如，在说英语的国家，法院有的时候可以确立一个判例，让后来的法院或者低一级的法院“按老规矩办 ”，这叫判例制度。虽然可以说它和“真正的法律”距离很大，而真正的法律就是主权者颁布的普遍命令，可是，英语国家，尤其是曾有“日不落”光荣历史的大不列颠，却从来都对判例制度十分青睐，以致法院的这个习惯越发牢固。然而无论怎样，人们都不能否认判例的存在也是君主默认的结果。

讲来讲去，就是前任君主去世之后，只要他制定的法律仍然被适用着，该法律就可以认为是后任君主意志的“默认”表达。从这里还可以推出一个结论：只要后任君主愿意，他便可以删改废除“先王 ”时期的法律，重新制定颁布新的法律。[146] 此外，在君主依然健在的时候，其他类似判例制度的习惯方式的法律的效力，也无不需要借助“默

认”的力量。略加思考可以知道，“默认”这个词，相当于我们现在所说的“认可”。

有了“默认”或者“认可”这些词，边沁和奥斯丁仍然可以认为，法律的效力离不开“意志”，哪怕是心理学意义上的意志。先人死后，如果后人将他的法律放在一边，他的法律怎么可能继续有效？即使就约束立法者合法交接权力的法律来说，只要后人作出了新的规定，它的效力也会像先人一样“寿终正寝”。像判例制度的存亡也不能逃脱历任君主的“意志”。就是遗嘱或者契约这类东西，如果不是他人——比如权力机关——在一旁“认可”，也不会具有我们时常接触到的约束力。所以，归根结底，“意志”仍然是法律效力的首要因素。

但是，如果我们再思量一下的话，还会发现“默认”或者“认可”这些词的使用依然不能化解凯尔森的理论进攻。因为，它们所表达的观念仍然具有似是而非或者模糊不清的地方。假设一名法官对一位新任国王说，他将依照100多年前的先王制定的规则来解决一个法律纠纷，新任国王不置可否；当这名法官自作主张处理了，国王还是一言不发。那么，这时的法律处理是否表现了国王的主权者意志？如果认为是，那么这类“默认”就会和“意志说”的基本意思不太协调，因为“意志说”总是暗含了一个明确性的概念，要表达意志，就要给他人一个明确的信息。国王一言不发，自然没有给法官一个明确的信息。在这种情况下，不论法官还是旁人，恐怕都不会知道国王到底是什么意思。反过来说，如果认为不是，那么那名法官的处理是不是“法律上”的处理？

实际上，在立法机关或者政府合法交替的过程中，像上面法官的处理并不是不存在的，而且，人们并不会认为这类处理不是法律上的处理。此时，仍然可以看到，法官适用的百年之前的规则的效力，的确是和新任国王的“意志”没有联系。这等于意味着，在某些情况下，

看似具有“意志”因素的默认或者认可，事实上与“意志的表达”完全是不同的问题。

038　追踪法律的最终效力·询问义务的来源

现在，我们说一下凯尔森引出独特规范概念的另外一个思路：法律最终效力的追踪和义务来源的询问。

粗略研习过法律的人都知道，在确定什么规则是法律的时候，很重要的一条就是这个规则是否具有法律的效力；而要确定规则的法律效力，就要看看它是从哪里来的，是谁颁布的。所以，常人总会以为只要出自国家权威机构的“制定颁布 ”，一般而言就是法律了。可以说，这是最为常见的解决法律效力问题的方式。像霍布斯和边沁，也是这样“教导”我们的。

但是，法律的效力问题还有另外一个方面，即最终效力的问题，通过一连串的询问来追踪法律效力最终是从哪里来的。比如，在前面反复讨论的古罗马房屋买卖案中，年轻人和老年人因为买卖契约发生了纠纷，据说最后是法院判决年轻人败诉。现在，我们可以问，为什么法院的判决具有法律的效力？回答是：因为它是根据古罗马法律中的规则和查士丁尼在《学说汇纂》中的权威圣谕而来的；我们可以继续问：为什么古罗马法律中的规则和查士丁尼的权威圣谕具有法律效力？回答是：因为它们要么是古罗马立法机关颁布的，要么是古罗马立法机关承认的。我们可以再问：为什么立法机关制定颁布或者承认这个行为本身具有法律效力……显然，我们可以不断追问下去。[147]

有人可能会说，这有什么可问的？古罗马立法机关颁布或者承认这个行为本身具有法律效力，就是因为它是一个可以运用强制力的权

力机器，不服从，它就要镇压你。如果还要追问为什么可以镇压，镇压的效力是从哪里来的，那么就是在追问没有意义的问题了。

我们肯定会发觉这种论说似曾相识。的确，边沁和奥斯丁的“政治学”透视的理论就是这样应对问题的。奥斯丁十分肯定地说：法律是一种命令，而“一个命令与其他愿望表示的区别，在于被命令者违背命令者愿望时就会受到后者的处罚。如果我违背你所表达的愿望就要受你处罚，我就受你的命令约束或者负有义务”。[148]但是，在前面第011、012小节，我们已经发现，如果暴力可以产生约束力，那么，匪徒那样的强暴者对他人的暴力威胁也可以产生约束力了，这当然是荒谬的，因为谁也不会认为匪徒的逼迫可以具有“法律感觉上”的约束力。所以，效力的追踪不能落在“暴力”事实上而结束。“一个盗匪要我交出钱来的命令是没有约束力的，纵使这个盗匪实际上能强行实现他的意志”。[149]

其实，如果真要将法律看作一种命令，那么，“一个命令之所以有约束力，并不是因为命令人在权力上有实际优势，而是因为他‘被授权’或‘被赋权’发出有约束力的命令。而他之‘被授权’或‘被赋权’，只是由于一个预定是有约束力的规范性命令，授予他这种能力，即发出有约束力命令的权限……命令的约束力并不‘来’自命令本身，而却来自发出命令的条件”。[150]这个条件就是另外“规范”的存在。因此，法律规范的“效力的理由始终是一个规范，而不是一个事实。探求一个规范效力的理由并不导致回到现实去，而是导致回到由此可以引出第一个规范的另一个规范”。[151]

凯尔森的理解是：既然以“暴力”方式解决“不断追问效力”是非常冒险的，而用“意志”的方式同样是有问题的，那么，就只能在一般法律规范之外的“规范”里寻找答案了。

效力问题在年轻人和老年人这样的当事人那里，就是一个义务问题。法院的判决如果有效力，那么，在案子上败诉的一方就有义务依照法院的决定行事，比如履行契约的规定。在这里，义务的产生不是因为法院像暴徒那样使用暴力威胁败诉一方，也不是因为法院这么说了就要这么去做，而是来源于服从法院判决的义务。凯尔森说：

的确，在日常生活语言里，我们往往援用一个事实来证明一个规范是有根据的。例如，我们说："你不应杀人，因为上帝在十诫之一中禁止杀人。"或者一个母亲向她的孩子说："你应当上学去，因为你父亲已吩咐过。"然而，在这些陈述中，上帝已发出一个命令的事实或父亲已吩咐过孩子做某件事的事实，只不过是这些规范效力的表面理由。真正的理由是由于认为理所当然而被默认地预定了的一些规范。你不应杀人这一规范效力的理由是：你应服从上帝的命令这一一般规范。你应当上学去这一规范效力的理由是：子女应当服从他们的父亲这一一般规范。[152]

从法院本身来看，追问义务从何而来也是至为重要的。不断追问也可以导向规范的"自治世界"。这里的意思是说，假如在年轻人和老年人的官司中，法院的确是依照古罗马规则和查士丁尼的圣谕来断案的，而且这是法院的一项法律义务，我们又可以问：为什么法院有义务服从它们？当然可以回答说：因为古罗马有一项关于法院审判的规则是这样规定的。但是我们可以继续追问：为什么法院有义务服从有关审判的规则？回答也可以是：因为宪法是这么规定的。我们还可以追问：为什么法院有义务服从宪法……由此可见，问题也是可以追问下去的。

在这里，与在前面不同，我们甚至都不能直接说法院因为背后有着暴力威胁才有不得不去服从的义务，因为在法院背后不可能存在暴

力的威胁。[153]也因此，这种义务也就无法用“他人的心理意志”来解释，这样，思路依然是只给“规范”的概念留出了讨论的空间。

039　“规范”面面观

那么，“规范”的意思是什么？凯尔森说：“规范”表示这样的观念，即“某件事应当发生，特别是一个人应当在一定方式下行为……”[154]而“只有借助于规范的概念与相关联的‘应当’的概念，我们才能理解法律规则的特定意义。只有这样，我们才能理解法律规则及其与为自己行为而‘规定’的、为自己订定一定行为方针的那些人之间的关系，以说明人们实际行为的规则来代表法律规范的意义……”[155]

这等于是说，在古罗马的年轻人与老年人房屋纠纷的案件中，被称为“法律”的白纸黑字规则和查士丁尼在《学说汇纂》中的圣谕，就是一类规范。这类规范表达了几个“应当”的意思：第一，如果双方自愿签订了协议，协议便应当是有效的；第二，如果协议是有效的，便应当执行，而且在违约的情况下，应当对违约一方给予制裁；第三，如果房屋尚存“合理”的一半，那么房屋协议就应当执行。在许多被叫作“法律”的文本里，我们常常会见到禁止和制裁“盗窃”“杀人”“放火”等一系列暴力行为的规则。凯尔森以为，这些规则的意思是：“如果这些行为发生了，就应当如何如何”[156]。当然，凯尔森笔下的“应当”并不限于描述一个义务，他说：“根据习惯用法，‘应当’仅仅对应于一个要求，而‘可以’对应一个许可，‘能够’对应一个授权……但这里‘应当’一词包括了‘可以’和‘能够’。”[157]因为，毕竟在年轻人和老年人的纠纷案中，不仅可以看到他们两个人的义务，还可以看到他们的权利（胜诉一方），看到法院的义务以及法院的权力。如此这般，我们时常看到的权利、权力之类的规则也是“应当”的一个表现。

由于法律规范的效力与立法者之类的意志没有关系，法律规范就成为一种自成体系的规范系统，这个系统是一个倒立的“金字塔”，最底部是一个“基础规范”。凯尔森讲，法律体系大致来说是一个“动态的”体系，其中“基础规范仅仅是建立一定的权威，这个权威可以依次把创造规范的权力授予某些其他的权威”。[158] 而“这一基础规范可以是这样一个规范：假定一个规范曾由议会所公布或由习惯所创造或由法院所确认，且并不曾由议会的决议或通过习惯或相反的法院实践所取消，那么就应属于这一体系”[159]。

说到“基础规范”的表述内容，我们可能会想起哈特所说的“认可规则”。[160] 的确，“基础规范”和“认可规则”是十分相像的，其内容既可以是成文的，也可以是不成文的。它们都和一般所说的白纸黑字规则是不同的，而且，都是大体可以用来确定什么规范可以成为一项法律规范。就“基础规范”的内容来说，同样要观察社会上的事实，看看人们实际上是如何做的。换句话说，“基础规范的内容是由事实决定的……因此，基础规范的内容就取决于一个秩序由此被创造和被适用的事实，取决于由这一秩序所调整的人们的行为大体上符合秩序的事实”[161]。而这里的事实，用一个较为专业的术语来说，就是“实效”（即实际的效果）。

不过，尽管基础规范的内容可以通过社会事实的观察来确定，但是，它的效力仍然是一个假设的结果。[162] 而且，“基础规范并不是由造法机关用法律程序创造的。它并不是像实在法律规范那样由一个法律行为以一定方式创造的，所以才有效力。它之所以有效力是因为它是被预定为有效力的；而它之所以被预定为有效力，是因为如果没有这一预定，个人的行为就无法被解释为一个法律行为，尤其是创造规范的行为”。[163]

反过来看，其他法律规范的效力命运，恰恰决定于基础规范。说得更为细致明确一点就是：

规范之所以是有效力的法律规范就是由于，并且也只是由于，它已根据特定的规则而被创造出来。法律秩序的基础规范就是这样一个被假设的最终规则，根据该规则这一秩序的规范才被创造和被废除、才取得并丧失效力。“凡制造或出售作为饮料的酒精者应受惩罚”这一陈述，如果属于一定法律秩序就是有效力的法律规范。如果这一规则已在一个最终由于这一法律秩序的基础规范所决定的一定方式下被创造出来，它也并不曾在最终由同一基础规范所决定的一定方式下被废除，那么，它就属于一定法律秩序。[164]

另一方面，虽说其他法律规范的效力与人的意志没有实质性的关系，可是，它们又不能离开人的创制、修改和废除行为。因此，凯尔森特别强调，法律是一个“动态的”规范体系。所谓“动态”，是说规范体系之中夹杂了人的“创制”或者“废除”一类的行为。我们经常会发现，有人或者机关在那里草拟、制定、颁布、改变或者废弃一些规则，并且可以使法律规范具有各种内容；正是这些行为，使一个规范成了一个法律规范。“法律始终是实在法，而它的实在性在于这样的事实，它是为人的行为所创造和废除的，因而是不以道德和类似的规范体系为转移的。”[165]“一个动态体系的诸规范，只能由那些曾由某个更高规范授权创造规范的那些个人通过意志行为而被创造出来。”[166]

040　“假设”的理由

我们每天看见一些被叫作“法律”的规则，这些规则说：“可以做什么”“应该做什么”“必须做什么”“有权做什么”“不得做什么”……我们总是在想，这些规则就是因为一些具有权力的人郑重宣布，从而成为我们不得不遵守的规则；这些规则的效力就是来自他们的意志。

可是，凯尔森另有情趣地分析出了效力与人的意志没有什么关系的结论。相反，效力却是来自另外的更为基本的“规范”。此时我们可以看到，凯尔森的惊人之举，便在于假设了一个不是人“制造”——常说的立法——的规范作为法律的最终规范。而他所以想要语惊四座，是因为担心不这样就容易掉进“无法解释创制法律规范的行为”甚至“强暴者和立法者（或主权者）不分”的陷阱里。

显然，在日常生活里，我们不仅会遇到各类“要求”或者“许可”，而且会遇到各类不同的人提出这些“要求”或者“许可”。

母亲会对孩子说：“不得伸手向别人要东西”；老师会对学生说：“要认真读书和完成作业”；一个公司的经理会对职员说：“你可以代表我去签订一份买卖合约”；一个歹徒会对路人说：“交出钱包来”；某个国家的议会宣布：“从即日起同性恋者可以结婚”。这些表达，是否都是创制法律规范的表达？从“说话者”的地位来看，他们基本上都具有一些相对的优势，这些优势或者是权威性的，或者是制约性的，或者是力量性的。只要我们认为相对优势就可以“创制法律”，那么，那些“说话者”就都可能成为立法者了。但是，除了最后一个——也即某个国家的议会宣布“从即日起同性恋者可以结婚”——之外我们毕竟不会认为母亲对孩子、老师对学生、经理对职员、歹徒对路人，都可以成为法律创制及宣布的一种关系情景。尤其对那个歹徒来说，如果他也可以成为一个立法者，那就无法让人接受了，毕竟，我们认为那是一个罪犯。

为什么会这样？

因为，我们总会觉得这些人并没有运用“公共权力”去立法，觉得有一种相对优势并不意味着拥有了一种“公共权力”。公共权力的概念，不是优势者说自己有从而就有的一个概念。在我们的日常词汇里，“公共权力”时常意味着一项被授予的公共统治能力。当我们

说，“议会有权宣布什么什么”，意思是说“议会被赋予了公共权力宣布什么什么”；而对母亲、老师、经理（歹徒当然除外），我们一般较少说“有权做什么”，即使说了，意思也在于“有权利或者局部权力做什么”：“母亲有权利管教孩子”“老师有权利指导学生”“公司经理有权力（公司内的）授权职员去签订合约”。

反过来，假设基础规范的作用就在于授予或者赋予公共权力，由此就可以清楚地区别母亲、教师、经理与议会的“创制规则行为”了，也使歹徒行为与议会行为更加泾渭分明，毕竟，谁也不会认为，母亲、教师、经理可以具有公共权力，更不用说歹徒那样的人物了。

这么一看，凯尔森的“假设”还是很有说服力的。

不过，这里有一个问题需要深入分析：当出现一些“革命式”的社会变化的情形，例如一个所谓的政权从内部被彻底颠覆，像18世纪的法国大革命推翻了路易十六（Louis XVI）王室政权；或者从外部被另一个民族所征服，像古希腊最后被马其顿人所灭亡，在这种情况下，我们不会否认，新上台的统治者比如雅各宾人和马其顿国王他们所颁布的一系列规则依然是“法律”。在这里，好像不能认为，存在什么另外的一个基础规范授权他们可以立法，所以，其所颁布的规则就具有了法律的效力。要是这么认为，不仅雅各宾人、马其顿人听到后会感觉到莫名其妙，就连我们自己也会觉得太难理解了。

凯尔森知道这个问题，也知道这对他的“假设”一说威胁很大，所以，他作出了这么一个解释：基础规范在特殊情况下，比如革命式的变化，就会发生内容的根本转变。[167]像在18世纪法国王室仍然在掌权的时候，基础规范就是“一个规范如果是由王室及其授权机构颁布的，便属于法国法律体系的一个有效规则”；而雅各宾人推翻王室政权后，基础规范变成“一个规范如果是新政府及其授权机关颁布的，便

属于法国法律体系的一个有效规则”；而在古希腊人对马其顿人俯首称臣的过程中，基础规范也是如此改变的。

但是，这么解释不又等于变相承认：暴力方式可以最终决定一个规则的法律效力？这和奥斯丁那些“政治学”的命令理论不是有点殊途同归？

当然，凯尔森会指出，基础规范的内容的根本转变与“暴力方式”还是毫不相干的。因为，基础规范的实际效力，决定于社会整体行为在基本层面上与规范的内容相符合。[168]就算雅各宾人将路易十六送上了断头台，马其顿人扫荡了古希腊人的“公民大会”，如果当地的大多数人仍然是遵循着老规矩，那么，新的法律秩序的效力还是可望而不可即的。换句话说，暴力的方式并不必然导致一个旧基础规范的消失，一个新基础规范的产生。

然而，尽管暴力方式并不必然导致一个新的基础规范的产生，但是，它的确是引发一场法律秩序转变的一个重要原因。如果没有那场“血腥”的大革命，法国也就不会出现后来的一个新的法律秩序；没有马其顿人的侵入，古希腊仍然会维系在旧的法律秩序周围。而且，新的法律秩序，在初期有的时候的确是和暴力的镇压密切联系在一起的；而所以要镇压，就是因为大多数人似乎还没有体现出“合作”的态度。就根据这两点来说，我们怎样都很难讲，新的法律秩序的产生一定要有一个基础规范“授权或者赋权”的问题。相反，像奥斯丁他们那样直接认为法律的效力来自暴力的震慑，倒是显得简洁明快而且又具有说服力。有意思的是，正是因为奥斯丁的说法解释了某些暴力引出法律的情形，凯尔森面对这些情形，就无法逃避奥斯丁的“解释模型”，无论怎样不喜欢都是如此。

041　“应当”与“是”

针对基础规范这个对象，凯尔森使用了两个异常醒目的词——“假设”和“事实”。一方面，他说基础规范及其效力是需要假设的，它不可能从其他什么地方获得这种效力；另一方面，他又说基础规范的内容是由事实决定的，要想知道内容就要看看社会上的人们行为是个什么样子，即要看看法律秩序的整个实效。而且他不断地重复，因而给人这样一种印象：社会上的整体行为基本上如何（即“事实”），要比“假设”来得更为重要。因为，前者决定了基础规范到底具有什么内容。

前面提到过，哈特认为：法律的存在必须满足两个必要的条件，其中之一也是最重要的就是“官员必须实际上接受法律制度里说明法律效力标准的认可规则……作为共同的、公开的官方行为标准”。[169]这也是在讲社会行为，尤其官员行为这个“事实”，是至关重要的。如果记得这句话，我们肯定会提出一个问题：凯尔森讲基础规范的内容决定于事实，同时又添加一个“假设”，是不是不如哈特对待认可规则那样直率？翻遍哈特的笔迹，看不到一处强调“事实”之后再添加一个“假设”。也许有人会问：认可规则的效力是从哪里而来的？不假设怎么能行？可是哈特早已思考清楚，他说这个问法等于是讲：我们可以假设但是无法证明“作为所有公尺量度的巴黎公尺线为什么具有标准性质”，这自然是没有意义的，[170]巴黎公尺线的标准性质完全在于人们的接受，为什么要假设？

这里涉及凯尔森对“应当”和“是”的看法。

我们用例子来说明这个看法。传说在19世纪德国的一个邦——普鲁士，一个郡法院审理了一个比较棘手的刑事案件。被告人叫图伦兹，被害人是图伦兹的妻子，而案由是图伦兹强奸了妻子。说起来，在这个案件中妻子似乎是难以令人同情的。由于她在外面藏有情人，逐渐对丈夫失去了感情，以至于在夫妻同房时总像是在无可奈何。后

来，她明确地提出了不能再有性关系，可是图伦兹根本不管那么多，仍然是不客气地要求行房事。妻子只好告到法院。

法院把当时通行于全普鲁士邦的《普鲁士邦法》搬来认真地阅读了一番。这个《普鲁士邦法》是1794年颁布的；那时的普鲁士掌权人腓特烈大帝亲自主持了这部法律的制定。《普鲁士邦法》可以说是无所不包，刑事、民事、商业或者程序的规则内容，都在其中一一可见，以至于全部条文竟有17000多条。法院不辞辛劳，仔细查找，终于找到了一条规定：夫妻双方不得拒绝对方因婚姻关系而产生的性权利，除非女方正在哺乳婴儿或者男方没有性的能力。法院据此认为，图伦兹根本不是强奸犯。

在凯尔森看来，这案件里的“应当”就是“妻子有做妻子的义务”，而“是”就是那个作为妻子的人实际上是怎样做的。“应当”指的是规范，而“是”指的是实际的事实。要想理解法律，就要在“应当”和“是”之间划上一道清晰的黑白界限。这意思是，“认为一个人‘应当’在一定方式下行为这种说法……不意味着应当以一定方式行为的那个人实际上就这样行为。规范表示这样的观念：某件事应当发生，特别是一个人应当在一定方式下行为。规范丝毫没有讲到有关个人的实际行动”[171]。“说一个规范对某些人是有效力的，并不是说一些人实际上就在这种方式下行为，因为即使这些人并不那样行为，规范对他们也是有效力的。区别‘应当’与‘是’对说明法律是具有根本性的”[172]。

根据这样的观念，“社会学”观察的理论就是非常错误的了。因为，在这个案件中，“社会学”的理论特别要求我们看看所有那些妻子和丈夫实际上是怎样做的，看看法院实际上是怎样判决的，而不去管腓特烈大帝制定出来的“应当”要求。可是，在图伦兹和他妻子的关系上，我们怎么可能不问腓特烈大帝及其立法者到底有什么意见？其实，如果仅仅停留在图伦兹和他妻子的关系上以及个别法院的态度

上，我们一定会认为凯尔森的说法可信一些。倘若图伦兹就是不服从腓特烈大帝的权威规定，而且他妻子也是忍气吞声，个别法院在旁边也是熟视无睹，我们依然会认为腓特烈大帝“应当”的要求是有效力的，依然会认为这夫妻两人和个别法院都违反了法律的规定。我们会赞同凯尔森的这样一个说法：

……一个法律规则禁止偷窃，他规定法官必须惩罚每一个偷窃者。这一规则对所有的人，即“国民 ”，都是“有效力的 ”。这一法律规则尤其对那些实际上已进行偷窃并因而“违反”规则的人，更是“有效力的 ”。这就是说，这一法律规则即使在它缺乏“实效”的情况下，也是有效力的。正是在这种情况下，如果法律规则必须由法官加以“适用 ”，那么它就不仅对国民，而且对适用法律的机关，都是有效力的。即使偷窃者万一能逃脱，因而法官也就无法惩罚他并适用法律规则，但这一规则仍保留其效力。[173]

凯尔森意识到，如果不看清“效力”的问题，就会像主张社会学观察的那些人一样走入一个误区：混淆“应当做什么”和“实际做什么 ”。按照这个思路，效力问题应该和人们到底怎样行为没有什么关系。为了保持在“应当做什么”的问题上首尾一致的逻辑畅顺，使每一个“应当做什么 ”（即规范）和尘世的言谈举止划清界限，让它们自己成为一个自在自为的“效力家族 ”，凯尔森只好在基础规范的效力上作出一个假设。这也是“假设”的另外一个理由。

然而，假如普鲁士邦的大多数丈夫和图伦兹一样，各个法院对他们的行为也完全是睁一只眼闭一只眼，或者见一个放一个，再说腓特烈大帝的要求如何具有效力，我们自然会犹豫不决。此时，对腓特烈大帝的权力或者权威要划上一个问号，因为，有权力或者权威的话，法院就不会睁一只眼闭一只眼，或者见一个放一个。而对一个权力或者权威都是大打折扣的人所规定的一个要求，恐怕不能说它还有什么

效力。这时候的腓特烈大帝的要求，和那些已有千年历史甚至被人遗忘的古巴比伦苏美尔人的法典，没有区别。而且，即使我们将这类要求视同上一小节说的“革命式”社会变化的牺牲品，也没有不合适的地方。

在这里，或者说在一个像普鲁士邦那样的社会里，一些个别的人或者法院自行其是、不顾“要求”这类情形，和大多数人、绝大多数法院自立规矩、抛弃“要求”这类情形，显然是不同的。对前面一个如何强调“效力”，自然让人听来有些容易接受；可是对后面一个还是一味说效力如何，尤其是对那个决定所有个别规范“命运”的基础规范，仍然是认为“效力是最根本的”，就让人觉得特别没有说服力了。此时，不仅决定具体规范效力的基础规范自己的内容出现了问题，而且，和图伦兹一案有关的具体规定也有了效力上的麻烦。因为，法院这样重要的机构认为基础规范的内容并没有这样的意思：凡是腓特烈大帝钦定的“要求”，都属于普鲁士邦法律秩序的一个规范，所有人都要遵守执行。凯尔森也知道其中的问题，故而拿出“事实”一词来说明基础规范的内容如何。

但是这么一来，好像又承认了，具体规范的效力取决于人们尤其是法院对基础规范的态度这个“是”（即实际行为），从而又与“社会学”信奉者的观点没有什么区别了，同时，还不能把“应当”和“是”一分为二。

042　效力的“原因”和“条件”

对于在图伦兹的案子上表现出来的基础规范“内容”的变化，凯尔森也知道，不论怎样辩说，都不容易躲避“社会学观察”的陷阱。因此，为了进一步说明自己的见解，除了用“事实”这个词之外，他还特别强调了“法律秩序的整体实效”这个观念。

在腓特烈大帝的普鲁士邦，肯定会有许许多多的像“夫妻间没有强奸可论”的具体规范。不仅在17000多条的《普鲁士邦法》里面，除此之外，肯定可以看到形形色色的教人“应当做什么”“必须做什么”“不得做什么”“可以做什么”的要求。把那些规范要求放在一起，我们可以得到什么？凯尔森讲，得到的是一个国内“法律秩序”，所以，可以认为“法律秩序是一个规范体系”。[174]而在“法律秩序”这个概念上，凯尔森放心地告诉我们：

每个单独的规范，当它所属的整个法律秩序丧失其实效时，它也就丧失了自己的效力。全部法律秩序的实效是该秩序的每个单一规范效力的必要条件……整个法律秩序的实效是它的各组成规范的效力的条件，而不是理由。这些规范之有效力并不是由于整个秩序是有实效的，而是由于它们是在合宪方式下创造的。然而，它们只有在整个秩序是有实效的条件下才是有效力的；它们之停止有效力，不仅在于它们已在一个合宪方式下被废除，而且还在于整个秩序已停止有实效。[175]

这里的意思是说，法律秩序整体是存在实效问题的，如果它有实效，就为单个的法律规范的效力准备了一个条件；如果它没有实效，单个规范的效力也就无从谈起了。当然，无论怎么说都是可以的，就是不能说实效是效力的“原因”或者理由。可以想到，凯尔森是在讲述一个中国人熟知的“鸡蛋孵小鸡”的寓言。鸡蛋要孵出小鸡，一定要有个温度。这个温度就是一个必要条件。没有温度，“冰天雪地”怎么可能孵出小鸡？而另一方面，鸡蛋所以可以孵出小鸡，是因为它是鸡下的蛋，而不是石头。无论怎么努力，一个石头也无法孵出一只小鸡来。这样，鸡蛋孵出小鸡就有了内在的原因和外在的条件。凯尔森也是这个意思：法律秩序的整体实效类似“温度”，基础规范类似一只“母鸡”，而一个具体法律规范的效力就类似一只“小鸡”。整体实效

是 “外在条件 ”，基础规范是“内在原因”，两者结合在一起就可以产生“效力”。

这么讲来，恐怕真是不易看出凯尔森的理论包含了什么破绽，但是，这里的“法律秩序”是一个集合的概念，它是由所有的单个法律规范所构成的（即规范体系）。在腓特烈大帝的普鲁士邦，法律秩序就是所有的《普鲁士邦法》不分里外地被叫作法律规范的那些规则的集合体。如果是一个集合体，那么，“法律秩序整体”究竟是指全部的法律规范，还是指主要的法律规范，还是指大多数的法律规范?

这个问题是十分重要的，因为，我们应当知道到底是全部的、主要的，还是大多数的法律规范的实效形成了个别规范效力的必要条件。

仔细思考一下，好像不会是全部的法律规范。假如是全部的，就会得出个别法律规范的实效也是自己效力条件的一个分子，而自己的实效决定自己的效力，不仅是凯尔森竭力反对的结论，而且在逻辑上也是一个不大不小的硬伤：一个东西的外在条件居然可以是它自己。

再想一下，好像也不会是主要的法律规范。因为，假如是主要的，那么，虽然可以顺利地讲次要的法律规范的效力是以主要的法律规范实效作为条件的，但是我们还要面对一个尴尬的问题：主要的法律规范的效力是不是以它自己的实效作为条件？如果回答是肯定的，刚才的逻辑硬伤依然出现；如果回答是否定的，就等于说主要规范的实效有时不能成为个别规范（即个别主要规范）的效力的条件。

再想一下，好像又不会是大多数的法律规范。假定是大多数，同样会出现一个难以解决的逻辑问题：大多数里面的一个“成员 ”自己的效力是不是以自己的实效作为条件（因为自己也是“大多数”里的一个分子）？

这样分析的结果，暗示了凯尔森的“法律秩序整体实效”是一个不大真实的概念，它和“温度”这个外在条件不同，后者是一个彻底的、在“小鸡”之外的一个条件，里面绝对不会有小鸡的因素。所以，无论我们怎样分析，断然不会得出一个“小鸡”是“小鸡”的外在条件的奇怪结论。如果“法律秩序整体实效”是一个不大真实的概念，那么，凯尔森等于没有解决 “原因 ”与“条件”的关系问题，因而没有完全澄清“效力”与“实效”的关系。

说到这里，我们只好把那个“法律秩序整体实效”的概念看作一个对“社会学观察 ”的妥协企图。“社会学 ”的理论总会认为，一个规则是否真实，要视它在实际中的命运而定。倘若没人理会，没人注意，规则也就不应该具有规则的身份。凯尔森把这类观念视为法律思想中的“歪风邪气 ”，因为它非要将 “应当怎样 ”与“实际怎样”的问题混淆，使得“法律”本身的形象失去了纯粹性。可是，“社会学”的支持者也不是没有理由的，他们抓住了法律思想中的一些难以梳理的关键问题，从而得以张扬。这反过来又使凯尔森不能太过分地否定“社会学观察”的基本理论。于是，我们就看到了他所讲的前一小节的“事实”这个解说，这一小节的“整体实效”的解说。

043　对图伦兹的社会组织式强制·“应当”

可以这样来说，凯尔森最喜欢“效力”这个词了，因为，它最能说明法律的 “应当 ”性质。不过，再怎么在“效力”这个词身上打主意，还是不能非常有效地说明法律的独特性质。

再看图伦兹的问题。现在假设腓特烈大帝的《普鲁士邦法》规定：只要妻子不愿意，丈夫就不能强行夫妻房事。用凯尔森的术语来说，这个规定拥有约束力也即效力；它表明，丈夫在行夫妻房事的时候“应当”尊重妻子的意愿。我们可以想到，这样的 “应当 ”不仅会出现

在《普鲁士邦法》那样的实实在在的法律里，而且完全可能是那个时代的道德规范或者宗教规范。这样的话，一个问题就会出来了：法律规范和道德规范、宗教规范有什么区别？法律的独特之处是什么？

前面提到过，凯尔森讲，法律规范是一个动态的规范体系，因为里面有人的制定行为。但是制定行为能不能成为法律的一个独特标志？显然不行。像在礼仪规范、宗教规范里，我们都能发现人的制定行为；而且，法律里的制定行为也是来自其他法律规范的"应当"授权，自己也没有一个"决定性"的力量，在宗教规范里，制定行为也有这个意思。这样，尽管凯尔森在"制定行为"上大做文章，可是下不了决心把它当作独特标志。

怎么办？除了这个又想不出别的，于是，像许多法学家一样，凯尔森到底还是重新拾起了"政治学透视"理论里的看家"本领"：推出"强制"的概念。他说，"如果我们的研究限于实在法，如果我们将那些一般被称为'法'的、过去和现在的社会秩序加以比较，我们将发现它们有着为其他类社会秩序所没有的共同的一个特征……这一特征是我们可以将法与道德、宗教这些其他社会现象加以明确区别的唯一标准"，[176] 这一标准在于法律"是一种强制秩序"。[177]

……如果我们将法律简单地界说为只是秩序或组织而不是一种强制秩序（或强制组织），那么，我们也就失去了区别法律和其他社会现象的可能性。[178]

尽管在古代巴比伦的法与今天美国法之间、在西非洲亚山蒂人（Ashantis）的法与欧洲瑞士的法之间存在巨大差别，但这种强制秩序，对这些在时间、地点、文化方面如此大不相同的人民来说，却基本上是相同的：都是这样一种社会技术，在相反行为时通过强制措施的威胁来促使人们实现社会所希望的行为。[179]

这表明，在图伦兹的问题上，法律规范与道德、宗教规范的区别就是：法律总要在一个义务的规定后面再规定一个“制裁 ”。图伦兹在“行夫妻房事”的时候，要尊重妻子的意愿，不得强迫，这是一个义务，否则便会受到惩罚。

这个标准自然可以使法律区别于道德，可是区别于宗教就不容易了。我们总会发现，在宗教的制度里“制裁”虽然不能说是比比皆是，但是有时也是清晰可见的。而且像在欧洲中世纪那个时期，宗教制裁的严厉程度已经达到令人发指的地步，比起古代 “异常残酷”的法律制裁也是毫不逊色的。凯尔森知道这一点，故而声称法律制裁是一种社会有组织的制裁，而宗教制裁则不是那么回事。他说，“社会有组织的制裁是由社会所决定的一个人，以社会秩序所决定的方式，针对应就违反秩序的行为负有责任的那个人所采取的强制行为” [180] 。

然而，怎么能说宗教制裁就不是一种社会组织的制裁？宗教组织当然是个社会组织，里面的制裁也从来都是经由特定的人员、经由特定的方式来作出的。看看中世纪教会的制裁，我们好像不能说那是一群毫无组织方式的乌合之众的制裁。反过来说，在那个时期，人们所说的法律制裁恰恰还要经过教会的准许或者认可，这表明宗教组织有时要比法律组织还要严明。所以，有的学者指出，用强制来区别法律与宗教是不能成功的。 [181]

说起“强制 ”，我们一定会记得前面几个小节对这个问题的讨论。凯尔森除了反复强调“制裁”是如何与“应当世界里的效力 ”连接在一起的，而与实际发生的惩罚没有什么关系之外，其他有关的说明辩护，都和“政治学透视”的理论相差不多。

小　结

为了对付“政治学透视”的理论，凯尔森不遗余力地切断法律与“心理学意义”上的意志的关系。为了对付“社会学观察”的学说，他坚决主张“应当”与“实际”是两个不同范畴领域的问题。在这种努力之下，法律大致被说成了一个纯而又纯的“应当世界”，而法律的效力则被说成了来自一个本身效力被假设的基础规范。凯尔森想说明，一个人，尤其是一个匪徒有意志叫别人做什么，绝不意味着出现了法律的“效力”或“约束力”；另一方面，不论社会上的人们再有怎样的行为习惯，也不意味着他人应当做什么，法律与实际的行为方式毕竟有着天壤之别。

可是，在拒斥“政治学透视”的意志说的时候，凯尔森又鬼使神差地将其“强制”说变相地加以利用；在批评“社会学观察”的行为决定说的时候，他又闪烁其词地将其“实效”的概念从“后门”请了回来。这样，纯而又纯的“应当世界”，或说“规范学”的假设，终究变得并不那么“纯粹”。

第四章　“解释学”的解释

凯尔森所提出的一整套的法律思想“新方案”，是想说明法律的独特要素。其实，前面讲过的各类学说，我已经不断地强调了，都有这个嗜好。不论是霍布斯、边沁、奥斯丁等人，还是格雷、卢埃林、埃利希、哈特这些人，都试图找到法律自身的独有品质。而他们在做这件事的时候，都以为自己可以站在一个外在的、客观中立的立场上而绝无主观观念的“影响”，就像自然科学家观察自然现象一样。凯尔森说：规范学的法律思想“也是‘从外面’来研究法律的，并且它试图得出一个关于法律的‘完全客观的’观点”。[182]

这个观念的意思是，我们可以作为一个外来的“观光”者，静静地、客观地在一个自己并不生活其中的社会里，观察异乡的活动和事件，品味它们的文化和旨趣。外来的“观光”者，由于自己是另外一个社会的，没有被对象社会文化的方方面面所“熏染”，所以，对象社会里的生活习俗、文化观念、制度安排、经济运行，无一不可以当作客观存在的“对象”予以解剖。当有意地“跳出”对象的圈子从外面反观对象的时候，就会得到“科学”的结论。

但是，美国法学家德沃金（Ronald Dworkin）却另有想法，说这样得出的结论，既是不可靠的，也是没意义的。他给出另外一个建议：像法律实践家一样，内在地——即在实践之中——来解释法律现象。

为了说明德沃金的独特的法律思想，我们再看一下凯尔森等人所讲的“客观观点”。

044　语词的通常用法

说起来，依照凯尔森等人的思路，要想找到法律的独特要素或者独有品质，就要在那些被称作“法律”的社会现象上查看一番。而这就牵涉了一个不易觉察的前提问题：有什么理由把一些社会现象叫作法律现象，另外一些不叫作？从古希腊开始，奥林匹克运动会是接连不断的，每次运动会里都有一些体育规则，为什么我们不把它们叫作法律？而非要把判了苏格拉底死罪的那些雅典条文叫作法律？这其中应该有个理由。

凯尔森给出了一个理由。他想，我们使用语词的时候，都会有一个约定俗成的习惯。像“书”“树木”“儿童”“汽车”“河流”等词语，我们都将大致地用它们来指称一些对象。尽管有时有点随意，可是总不至于将小孩说成是“书”，将床说成是“汽车”。词的对象范围大体上被圈定了。“法律”这个词也是这样的。所以，日常“法律”一词的用法，就是把一些对象叫作法律的理由；否则便无法展开关于法律现象的对话交流了。凯尔森讲，为了确定法律的对象及其特点，“人们必须从‘法’这一词的最可能广的用法出发”。[183]

正是在这个基础上，他又告诉我们：

古代巴比伦人所谓的法与今天美国所通行的法能有什么共同之处？一个在专制酋长领导下的黑人部族的社会秩序，也称为法的一种秩序，与瑞士共和国宪法，又能有什么共同之处？可是有一个共同的因素，足以证明这一术语是正当的，并使“法”这一词体现为一个具有高度社会重要意义的概念。因为这个词指的是一个强制秩序的特定社会技术。[184]

而边沁、奥斯丁、哈特这些人，也基本上赞同以词语的通常用法作为出发点。哈特就曾说过，不仅要注意“法律”一词的直接用法，而

且要注意和法律现象有关的其他词语的用法。为此，他分析了日常语言中许多和“规则”相联系的语词陈述，比如，“我迫不得已才这样行为”“我有义务这样行为”“这个规则是有效力的法律规则”“你这样行为是错误的”“我发现在这个社会中人们遵守着一个规则”“红灯亮时闯过线是错误的”“我看红灯亮时那人停车了”……[185]

在这些与规则有关的词语表述里，哈特分出了两个类别：一个叫作“外在陈述”（external statements），一个叫作“内在陈述”（internal statements）。所谓“外在陈述”，是指从外边的观察者角度作出的表述。像“我迫不得已才这样行为”“我发现在这个社会中人们遵守着一个规则”“我看红灯亮时那人停车了”，就是外在陈述。这类陈述，表明说话者对规则没有一个“积极”的态度；他们说话的时候，好像“不应该”遵守规则，或者“事不关己高高挂起”。与此相反，所谓“内在陈述”，是指从行为者自己的头脑所思所想的角度来作出的表述。像“我有义务这样行为”“这个规则是有效力的法律规则”“你这样行为是错误的”“红灯亮时闯过线是错误的”，就属于内在陈述。这类陈述，表明说话者和规则之间存在着一种“息息相关”的联系，表明说话者对规则怀抱着一个“积极负责”的态度。如果自己或者他人违反了规则，说话者的心理将会出现一种类似道德反省的自责，或者道德批评的谴责。

恰恰是以那些“内在陈述”作为出发点，哈特分析出了规则直至法律规则得以存在的真正理由。[186]他说，“内在陈述”才是法律语境里面表明规则存在的正常用法，因为，像“外在陈述”那些言语，要么不能区别于“强暴情景”中的用语，比如“我被迫把钱交了出来”，要么看不出说话者和法律有什么真正真实的关系，比如“我看红灯亮时那人停车了”。概括来说，可以而且应该通过日常语言正常用法的“窗口”，分辨客观存在的法律现象，确定哪些是可以叫作“法律”的社会现象。[187]

然而，就凯尔森和哈特的语词通常用法观点来说，它也许是靠不住的，或者说可能会引起不小的争议。

按照凯尔森对通常用法的理解，法律可以说是一类强制秩序，这等强制秩序是一种“效力自我传递”的规范体系，它的效力与实际的强制力量，比如镇压、制裁，和制定者的心理意志，比如想要规定什么，没有关系。这样说明，的确不仅能够解释国内法，而且能够解释日常语词所表达的国际法。尤其对国际法来讲，它从来就没有一个像国内法律制度那样的制裁机构；在国际社会中，即使存在着国际法院之类的审判组织，这种审判组织的手里也没有制裁的手段和机关，可是它始终表明了制裁“应当”发生，因而是有效力的。而且，即使可以认为国内法存在一个自上而下的制定机关，表达了一个意志，但是在国际法中，就没有办法看到这么一个机关，这么一个意志，用心理学上的立法意志也没有办法说清楚国际法的效力。用“应当”而非 “实际的暴力 ”来表达强制，用“应当”而非人的意志来说明法律的存在，自然会让人觉得比较容易接受。

不过，像边沁、奥斯丁却以为，语词的通常用法可能不是凯尔森所理解的那种情形。像孟德斯鸠、梅因、埃利希则会说，不仅“国际法”“原始法 ”，而且“自然法 ”“教会法 ”“宗法 ”“家法”和“礼法 ”，也都属于“法律”一词日常使用的范围。

这就涉及了语词日常使用的空间和时间的文化差异的问题。在不同的历史时期、地理区域，语词的用法存在着很大区别。欧洲中世纪的“法”一词，充满了宗教的意味，那个时期的世俗国家还是一个并不引人注意的组织实体，人们虽然讲到国王的命令是法律，但更会以为教会宣布的规则才是重要的大法；到了19世纪，世俗国家却成了名副其实的“王中之王 ”，“朕即国家法律”一说已经使教会的规则黯然失色，人们倒是倾向于将一切法律归之于国家的明文制定。而恰恰就在

19世纪，法国人说法律就是正规的立法机关的“作品”，英国人不仅将议会的“作品”，而且将法院的“作品”都列为法律家族的一员。甚至早在17世纪的时候，英国人就已经开始推出“判例法”这个词了，或者直接把它叫作“法官法”（judge-made law）。

说到这里，可以大致地看到，为什么边沁、奥斯丁、孟德斯鸠、梅因、埃利希会有不同于凯尔森的描述。结论似乎是这样的：语词通常用法的观点，并不那么稳当。

对哈特的日常语言正常用法的分析观点来说，可能会遇到一些类似的问题。

就“我迫不得已才这样行为”这个陈述来说，哈特的观点是：其与法律规则的存在是没有实质联系的。可是，与“强暴情景”有些类似，并不等于这种陈述和法律是不存在关联的。比如，“我只好服从法院的判决，将房屋交给那个原告，否则法院会强制我搬出房屋的”，“我实在不想交税，可是不交的话就会被罚款”，这些陈述，都显示说话者和法律有着密切的联系。即使在法官那类官员的语言表述里，我们也可以看到类似的不大情愿的陈述，比如，“还是按照上级法院的意思来判案吧，不然的话，上级法院一改判对我们下级法院就不太好了”。在这里，认定与法律的存在没有任何联系，就难以让人接受了。其实，在社会中，毕竟有些人服从法律规则是不大情愿的，因为，法律没有符合他们的利益、愿望和要求。不能认为，这类陈述无法说明部分的法律现象。因此，人们可以争论什么用法才是与法律有关的正常用法。

此外，在前面第006小节，我们还讨论过“公园禁止车辆入内”的例子。在那个例子里，一个规则被假设为禁止一切车辆入内。现在，我们在这里将问题进一步地设定为：当公园里出现了急需救治的病人或者发生了大火，救护车和救火车是否可以允许入内？根据语词的通常

用法，救护车和救火车当然属于“车辆”，所以只好被拒之公园门外。但是，许多人会以为，为了救人救火，恐怕不能这般“断然”拒绝。在这里，更多的人会主张首先救人救火，倒不在乎规则是否被违反了，语词的通常用法，反而似乎容易被人忘得一干二净。

由此可见，无论用凯尔森的“法律”一词通常用法的方法，还是参考哈特的与法律有关的日常语言的正常用法，都不能让人没有顾及地将一些现象叫作法律现象，将另外一些不叫作。就在确定法律对象的时候，人们都会展开一些争论。

045 “实证”的策略：寻找法律的“出处”

确定了什么属于法律对象之后，凯尔森以及上面讲过的那些人，觉得可以稳妥地建立一个“客观中立”的法律科学了。这些人，由于主张法学观察和分析的客观中立，便被一般的法律思想史学家赋予了一个正式的“绰号”：实证主义。在后面，我们再详细解说法律实证主义的意思以及功用。[188]此时，先了解一下实证主义者的一个策略：寻找法律的“出处”。

“出处”涉及这么一个问题：法律是从哪里来的？或者这样来表述，一个规则从哪里出来以后就可以叫作法律了？打个比方，一堆铁矿经过钢铁厂的冶炼，就变成钢了，我们可以说钢铁厂的冶炼是钢的“出处”。一群学生从大学毕业了，就变成大学毕业生了，我们可以说大学毕业是大学毕业生的“出处”。实证主义者不断追求的就是要找到这么一个法律的“出处”。霍布斯、边沁、奥斯丁就把主权者发布命令这个行为看作法律的“出处”，只要是主权者郑重地颁布或者认可了一条普遍性的命令，一条法律也就产生了。卢埃林、弗兰克把法院的判决看作法律的“出处”，如果法院宣布了一个判词，法律也就在其中了。哈特和凯尔森虽然说对这些人的说法不以为然，但是也各自为我

们介绍了一个"出处"：认可规则和基础规范。哈特声称，只要来自"认可规则"的认可，一条小规则毫无疑问地便成了一条法律规则。凯尔森则说，只要来自基础规范的授权，制定规则的行为就成了制定法律的行为，而一条小规则也就成了法律家族的一员。埃利希尽管没有清晰地说出这个意思，但是也大致体现了这么一个思路。

"出处"从另外一个角度来看，就是"确定标准"，也即确定什么东西可以划归另外一类东西的标准。找到一个"出处"，等于找到一个"确定标准"。大学毕业对大学毕业生是一个"出处"，同时也是大学毕业生身份的一个"确定标准"。运用这个标准，可以清晰地分辨谁是大学毕业生。霍布斯、边沁和奥斯丁也是这么思考问题的，他们既把国王议会之类的立法者的明文制定看作法律的"出处"，又把它视为法律身份的一个确定标准。依赖这个标准，可以轻松地断定什么规则是法律规则。卢埃林、弗兰克、哈特和凯尔森同样是这样思考问题的。实际上，我们前面讨论过的所有学说，都在争论这个"出处"或者"确定标准"到底是什么，同时又不约而同地认为存在这么一个东西。

现在，假定他们可以顺利地确定哪些东西是法律现象，并没有遇到上一小节所说的困难，看看他们观察到的所谓"出处"或者"确定标准"是否仍然会有些困难。

当看到一个物品，其外观像桌子，而我们又想确定它到底是不是桌子，那么，要考虑哪些问题？显然，要看它的形式、结构，还要看它的出处。如果它有三只以上的"腿"（当然一般是四只"腿"），有一个平台架在"腿"上并且可以支撑在那里，又是通常出于木工之"做"，大体就可以确定它是桌子了。

可是，要不要考虑它的用途？如果不知道它可以用来干什么，它对人而言的"目的"是什么，能够确定它就是桌子吗？有的东西也有类似的外形，也是大致出于木工之手，可是却用于其他目的，比如支

撑、游戏、睡觉等。当被用于另外的“目的”的时候，我们是不是更为乐意把它叫作架子、玩具或者床，而不叫作桌子？的确，仔细思考一下就会发现，假如不知道它的用途，不知道它可以用来伏案书写或者就餐品茶，就会对它有一个模糊的认识，很难确定它是属于桌子一类的物品。

这么说来，考虑法律的时候，也不能丢掉对法律的“目的”的理解。如果只知道法律的形式、结构和“出处”（那些实证主义者尤其爱说形式、结构、出处），而不知道它的目的，对它的理解自然是片面的。而要知道它的目的，就要理解它的内容；理解它的内容，就无法避免对它应当是什么或者应当具有什么内容有个理解，因为，我们容易思考“应该有什么目的”这样一个问题。在这个意义上，美国法学家富勒讲，在确定法律的特性的时候，我们恐怕不能抛开“法律应该怎样”这样一个标准，而仅仅提到“出处”。[189] 如果一个规则被立法者制定出来，仅仅具有“观赏”这么一个目的，那么，把它叫作法律将是十分困难的。

这是有道理的。不过，对待这个批评，实证主义者可以这样认为，虽然说在思考桌子的性质的时候，我们总会思索它应该具有的用途，也即制造它的目的，而且，对桌子的理解总是会从“结构”“出处”到“用途”，从“用途”到“结构”“出处”，可是，对于曾经被认为是桌子的东西，即使它失去了用途的功能，例如无法在上面写字、吃饭或者放置物品，或被人们移作他用，是否的确没有理由认为它不是桌子？恐怕不能这样说。一般来讲，如果它仍然保持了原有的特定形式、结构，我们不会否认它桌子的“资格”或者品质。我们会说：这是张桌子，但是被人拿去当作玩具或者床了。倒不会因为被拿去干别的，便以为它就不是桌子了。换句话说，还是可以撇开“用途”“目的”之类的问题，仅仅从外观和“出处”来理解桌子。

在这里，实证主义者的意思是说，假如的确可以稳妥地确定哪些东西是法律现象，那么，在这些对象中找一个“出处”或者“确定标准”这样一个思路，似乎不应当受到太多的怀疑。

046　观察者的“目的”

然而，实证主义者的进一步解释，存在一个不易被人觉察的假设前提：观察桌子的人没有特定的文化背景，而且，他们和被解释说明的桌子之间好像没有实践上的关系。这是在讲，不论观察者怎样解释说明桌子的“目的”，结果都不会有特定的文化印记，而且，观察者也可以不具有任何的责任。

现在，我们把观察者还原为一个真实的、有特定文化背景的观察者，并且对解释说明的结果负有一定的责任。

可以想象，在这种条件下，观察者就会带着自己理解的“目的”来理解桌子的“目的”，会提出各种实践上的理由来支持自己的解释结论。他也许会认为，不能用作书写、就餐的物品，或者被用来睡觉、玩耍、放置其他东西的物品，一概不能叫作桌子，而只能叫作另外一类物品，比如“床”。因为，这样的解释和他所在的文化氛围十分协调，这种文化氛围特别注意实用的价值和意义，强调“为了什么”是首要的思考目标；同时，这么解释说明，也符合对他的责任要求，因为责任可能要求他应该特别注意物品的实用性，比如，他是一个物品管理员的话，他所具有的责任就是如此。

这表明，在具体真实的文化背景下来设想一个观察者，这个观察者也就完全可能是紧紧围绕“用途”“目的”之类的东西，来解说桌子的问题。

如果不能撇开“目的”，而且“目的”不仅仅是桌子本身“用途”的问题，还有观察说明者主观理解的“目的”的问题，那么，实证主义者设想的“出处”或者“确定标准”的计划就会落空。当观察一条规则是否为法律的时候，就不仅要看看“出处”，而且要想想那条规则的“目的”，整个法律的“目的”。更为重要的是，这个“目的”可能就是我们自己理解的目的，而不是对象本身的“目的”，因而它就和人的价值观念联系在一起了。再加上人人都会有一些独特的文化背景、特定的责任，这样就会使解说出来的“目的”多种多样。

说到这里，可以发现，实证主义者试图在那些被叫作法律的现象里客观中立地找出一个“出处”或者“确定标准”，似乎是不会成功的。

047　具体法律背后的潜在原则

“出处”或者“确定标准”这样的概念，除了会遭遇“目的说”这个困难之外，还会遭遇“具体法律背后的潜在原则”这个困难。

我们先用一个例子说明什么是“具体法律背后的潜在原则”，并且看一下这些原则是不是法律的一部分，然后，再看看这个困难到底意味着什么。

1960年，美国新泽西州高等法院审理了一个汽车合同纠纷案（Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.）。原告是一对夫妇，丈夫叫克劳斯·亨宁森，被告是一家汽车公司。亨宁森夫妇买了一辆汽车。一个周末，汽车在路上因为零件的故障突然失控，撞向路边的一个广告标志，夫妇两人受了伤。于是，夫妇两人到了法院，认为汽车公司负有责任，要求赔偿医疗费和其他损失。汽车公司认为自己没有任何过错，拒绝承担责任。而且，在法庭上，汽车公司颇为沉着地把购买汽车的合同摊开，指着条款说道：对不起了，这里清楚地规定，汽车公

司的责任仅仅限于更换有瑕疵的汽车零件，其他概不负责。汽车公司宣称，可以向亨宁森表示道义上的歉意和慰问，但是赔偿问题只能依照合同办理。[190]

按照一般的具体法律理解，合同签订了，而且是自愿的，那么再有什么不公平的地方也是没有办法的，法院只有按照合同的约定来处理案件。但是，法院最终判决亨宁森夫妇胜诉。法院指出：第一，契约自由不是毫无限制的、一成不变的原则，即使是签了字的合同，也不能无条件地成为束缚双方的一条“锁链”；第二，在美国这样的社会里，生产人们广泛使用的、必需的、复杂的、有潜在危险的产品——比如汽车——的商号，对产品可是负有特殊的责任，这是说，就算是主观上没什么过错，也要对出现的问题承担一点责任；第三，法院是公平的“殿堂”，无论怎样，都不能允许别人利用法律把法院当作不公平的工具加以利用；第四，当一个人别有用心地利用另一个人经济上的必然需求进行“交易”的时候，法院就应当拒绝帮助前者。[191]

在这里，法院所说的恐怕都可以叫作“具体法律背后的潜在原则”。可以这么认为，在常人一般所讲的具体法律规则里，或者在法院长期以来形成的各种判决里，都可以看出许多潜在的原则。就法院第一个理由来看，肯定能够发现，许多具体的法律规则和法院判例都有一些限制契约绝对自由的东西（比如每日劳动12小时的雇工合同无效）。虽然在亨宁森的案子上，法律规则或者判例没有明确规定这类买卖合同有无效的地方，但是，在那些限制性的法律条文规定里，可以抽象出一个原则：在一定情况下，比如歧视、显失公平等，契约就不是绝对自由的，它不能成为权利或者义务的主张的根据。对法院第二个、第三个和第四个理由，我们也都可以分析出一些潜在的原则。

针对亨宁森这个案子，法院的判决根据显然不是那些明确规定下来的规则或者判例，相反，倒是法律制度或者体系里面潜在的一些原

则。而所谓的“原则”，就是那些相对于具体规则和判例而言较为抽象化、较为一般化的准则。像“平等地对待每一个人”，就是一个例子。潜在的原则就是并未被人们明确加以规定，而在具体规则和判例背后可以理解、“挖掘”出来的原则。

那么，这些潜在的原则是不是法律的一部分?

这个问题是非常重要的。因为，在亨宁森的案子里，法院的确是依照这些原则来审理案件的。按照一般观念，法院进行判决的时候应该依照明确具体的一些规则，而不是抽象化的、不太清楚的、没有明确规定的原则。可是，在实际的断案过程中，由于明确具体的规则总有这样或者那样的“不方便”，没有办法直接地适用，法院也就只有常常依照原则来审判案子了。在这个事实面前，我们首先似乎不能坚持认为法院就是不对的，说“法院应该保持沉默而不应该依照什么原则来审判案件，否则就是僭越了立法权力”。如果一定要说法院是错误的，恐怕就要剥夺法院的解释法律的权力了，毕竟，许多规则都需要法院的解释，才能用到具体的案子上。而剥夺法院的解释权力，让立法者自己来解释，一方面会使立法者面对数不胜数的解释难题，不堪重负；另一方面也像我们在前面不断提到的使司法权和立法权不知不觉地合二为一了，这又与分权的观念是冲突矛盾的。所以，还是不说法院不对的为好。

有了这个事实，就要面对两个选择：要么将潜在的原则说成法律的一部分，从而把亨宁森案子里的法院审判说成是“依法审判”，要么将潜在的原则剔除在法律之外，说它们不是法律，从而把法院的审判说成是“自由裁量”。像前面讲过的一些实证主义者比如边沁、奥斯丁、哈特和凯尔森，大多以为法律仅仅是由那些具体的规则构成的，绝对不包括什么潜在的法律原则。这样的话，当很难直接适用这些规则的时候，法院就有了“自由裁量权”（discretion），也即酌情处理的

权力。[192]它既可以考虑那些潜在的原则，也可以不考虑，换句话说，潜在的原则对它是没有约束力的。所以，在亨宁森的案子里，当法院用了潜在的法律原则的时候，这完全不是适用法律，而是运用“自由裁量权”。

根据这个说明，法院可就不是“依法办事”了。

但是，如果把法院说成没有依法办事，就会引出一些政治上的重要问题：为什么法院可以这样？是谁给了法院这样的“准立法”的权力？法院通常不是民选的机构，怎么能有类似立法的权力？“一个社会应当由大多数公民选举的，并且对公民负责的人治理。一般而言，法官不是被选举的，他们事实上也不像立法者那样对选民负责。因此，法官制定新的法律的时候，就很可能危及了这个公理”。[193]

不仅如此，这样还会出现另外一些让人难以应对的问题：法院这样溯及既往地判决，对当事人公平吗？“法无明文规定即不为罪”是常理。在没有法律的情况下还要判决，对败诉一方来说就是“不知者也怪罪 ”，这就没有公平可言了。亨宁森案里的汽车公司，根本就不知道法律已经说或者会说合同那样签订有不对的地方，这不是使它非常冤枉？此外，溯及既往的话，谁还知道自己现在的行为将来是合法的还是非法的？按照现时的判决汽车公司败诉，汽车公司吸取了“教训 ”，和别人签了一份不同的合同，那么，汽车公司怎么能知道今后法院是不是又认为合同不公平？法律要是这个样子，就太令人失望了，而且，谁都将无法安排自己将来的事务。

当然，边沁、奥斯丁、哈特、凯尔森他们会说：没有办法，这是代价，世界上没有两全其美的事情。但是这么无可奈何，总不是一个令人满意的答案吧？无论怎样，一般百姓并不希望法院可以具有这样的权力。

这般讲来，假如反过来认为法院是在“依法审判”，认为潜在的原则实际上就是法律的一部分，这样，会使所有与“法治”有关的理论烦恼烟消云散。

此外，特别重要的是，在理论上假如认为潜在的原则不是法律的一部分，对法院没有什么约束力，那么，就会得出一个令人难以理解的奇怪结论：具体的规则也不是法律的一部分，或者说对法院也是没有约束力的。因为，第一，法官这些人在法律适用中改变、撇开具体法律规则的情况是时常发生的，这是事实；第二，他们在法律适用中有的时候运用作为具体规则和判例的“背景根据”的潜在原则，有的时候不运用，这与运用具体法律规则的情形完全没有实质性的区别，也许只有少许的、量的区别（实际上也是计算不清的）；第三，如果认为，法律适用者可以运用，也可以不运用“背景根据”这种情形表明这些“背景根据”不具有法律的约束力，因而不是法律，那么同样可以认为，具体法律规则不具有法律的约束力，因而不是法律。

然而，显然可以看出，人们从不因为法律适用者有时改变、撇开了具体法律规则，从而认为具体规则对他们不具有约束力，因而不是法律。这么看来，似乎也没有理由认为原则等“背景根据”不是法律。所以，美国法学家德沃金说：“除非我们承认至少某些原则（即作为具体规则和判例的背景根据的潜在原则——笔者注）对法官是有约束力的，要求他们作出具体判决，否则便没有或者几乎没有什么规则，可以说成对他们是有约束力的。”[194]这样，在亨宁森的案子里，我们还是有理由将潜在的原则看作法律的一部分，从而轻松地认为“法院是在依法审判”。

到了这里也就可以发觉：如果那些潜在的原则是法律的一部分，那么，实证主义者不断强调、坚持的“出处”或者“确定标准”，就会遇

到十分强有力的理论阻碍，因为，人们很难用“出处”或者“确定标准”来确定潜在原则的法律“身份”。

为什么?

因为，潜在的法律原则存在着几个特点:

第一，它们没有一个明确的标记。和一般具体的法律规则不同，它们很难在一些固定的法律文本中查找。像亨宁森案子里那些潜在的原则，我们并不能够清楚地发现它们，因为，它们好像是潜藏于明确具体的法律规则之中。在亨宁森非常倒霉的日子，美国的各类具体明确的法律规则都没有说“契约自由不是一成不变”的原则，或者 “合同即使签了字也不能无条件地成为束缚当事人的硬性义务 ”；相反，人们只是在某些具体规则和判例里，发现它们隐隐约约地存在于那里。

第二，正是因为潜在的原则没有明确的标记，所以，如果想去寻找它们，就要对具体的法律规则和判例进行仔细的“研究思考 ”。换句话说，用一种“查找”的方式是不能发现它们的，而只能用具有洞察力的“理解 ”“解释”的方法才能抓住它们。在亨宁森的案子里，法院说“当一个人别有用心地利用另外一个人经济上的必然需求进行‘交易’的时候，法院就应该拒绝帮助前者 ”，法院说的是一个原则，这个原则是法院通过对许多法律具体规则和判例的理解和解释而获得的。面对亨宁森和汽车公司的尖锐对立，法院不仅会思考其中的纠纷在直接有关的法律上到底意味着什么，而且会想到许多其他类似的判例和间接相关的法律规定，并在其中“理解 ”“解释 ”潜在的法律原则。不用具有洞察力的“理解”“解释”的方式，显然无法“抓住”那些原则。

第三，“理解 ”“解释”潜在的原则，就是要在一系列具体明确的法律规则和判例中挖掘探寻，于是，完全有可能根据不同的规则系列和判例系列获得不同的潜在原则。当获得不同的潜在原则的时候，就需

要用选择的方法来确定哪个可以用作解决案子的法律依据。亨宁森案里的法院，根据许多限制“契约绝对自由”的法律具体规则和判例，“理解”“解释”出了“契约自由不是一成不变”的原则，而法院也完全可以根据另外一套具体规则和判例获得不同的原则。比如，在一系列肯定契约自由的法律规则和判例中，当然可以“理解”“解释”出“契约自由必须要受到尊重”的潜在原则。其实，在纷然杂陈的具体法律规则和判例中，完全可以获得许多不同甚至“相互竞争”的潜在原则。针对亨宁森案子里法院说出的几个原则，人们当然可以根据不同系列的具体规则和判例，获得与之不同甚至“相互对立”的原则。这样，法院就会面对一个选择、平衡原则的问题。这是说，潜在的原则并不像具体规则或者判例那样，被法院要么适用要么不适用，要么是有效的要么是无效的。反过来，当我们将一个原则列入“法律原则行列”的时候，只是讲法院要“把它当作支持一方或者另一方的理由加以考虑”。[195]

这三个特点表明，那些实证主义者设想的所谓客观存在的“出处”和“确定标准”，不能用来确定潜在原则是不是法律。像奥斯丁说的“主权者发布命令”这个“确定标准”，只能说明被制定出来的明确的具体法律规则，说明不了这些规则背后的潜在原则。因为，潜在原则的存在和“主权者发布命令”是没有关系的；人们不是通过主权者的命令，而是通过深层的理解、解释来获得它们的；通过主权者的命令形式的外表，是不可能发现那些潜在的原则的。同时，“主权者发布命令”这个事实，也无法作为区别法律性质的潜在原则和非法律性质的潜在原则，因为“命令”只能表明“有效还是无效”，这对具体的规则是非常适合的，而各个原则之间的关系不是“有效还是无效”的关系，而是“不同”或者“相互竞争”的关系，“命令”当然不能说明后一类的关系。

对哈特的认可规则来说，也是如此。“认可规则”可以有效地说明具体、明确规则的法律性质，但是不能说明潜在的原则。“凡英国议会

颁布的规则就是法律”是一种“认可规则 ”，它怎么可以说明潜在的有时甚至不太清楚的原则？我们用这个“认可规则 ”，怎么可以分辨明确具体规则背后的原则？在亨宁森案那样的审判里，法院根本就没有用这类“认可规则”来确定什么原则是法律原则，什么不是，从而以此来确定“什么是法律 ”。法院所做的是在不同甚至竞争的原则之间作出选择，而不是根据“认可规则”来确定谁是有效的，谁是无效的。

048　帕尔玛案里的“理论争论”

对于“出处”和“确定标准”这样的概念，如果再多费一些心思，还可以找到更为具有批判力的东西：法律实践中的“理论争论”（theoretical disagreements）。

什么是“理论争论”?

为了说明这个问题，我们再提一下前面两章讲过的里格斯诉帕尔玛案。在那个案子里，法官格雷（Clinton Gray）和法官厄尔（Robert Earl）就帕尔玛是否有权继承遗产展开了激烈的争论；争论中包含了各种可以论证双方法律主张的“理论”资源。案子的主角帕尔玛谋杀了被继承人，当时的《遗嘱法》对此没有明确的法律规定，于是法官们只好充分论证自己的法律观点。

在格雷法官的论说中，可以发现，不仅有具体问题的分析说明，而且有抽象原则的阐述论证。格雷法官指出，虽然死者如果知道了帕尔玛想要谋财害命，可能会把遗嘱修改从而将遗产送给两个女儿，可是这仅仅是一种猜测，因为，也许死者就是具有这样一个执意的想法：财产无论如何只能交给帕尔玛。格雷讲这个问题的时候，是在说明具体的问题。另一方面，格雷还说，惩罚要有明文规定才行，帕尔玛要承担刑事责任是没有问题的，但是这不意味着他要遭受民事处罚

（即剥夺继承权），因为，《遗嘱法》根本没有说到要这么处罚。以明文规定作为依据处罚，是一个基本的法律原则。当这么说的时候，格雷是在用潜在的抽象原则论证具体的问题。[196]

在厄尔法官的论说中，也可以发现具体问题的分析说明和抽象原则的阐述论证。厄尔法官提到，白纸黑字的《遗嘱法》虽然没有明文规定剥夺谋杀者的继承权，可是我们解释《遗嘱法》的时候，一定要想想立法者遇到这类情况将会怎样规定。想象立法者会允许帕尔玛以谋杀方式获得继承权，这太荒谬了。厄尔法官这么讲的时候，是在分析说明具体的解释问题。同时，厄尔法官还说，以往的美国具体的制定法和判例都隐隐约约地展现了一个基本原则，也即不能因过错而获得利益；法院判决案子的时候，怎能不顾这个原则？当这么说的时候，厄尔法官也是在运用抽象的原则来论证具体的问题。[197]

显然，我们可以发现，法官在争论一个具体问题的时候，一定会依赖一些比较抽象甚至更为抽象的法律原则，而且，他们是在运用这些抽象的原则来争论，换句话说，他们之所以争论，是因为他们对抽象的原则具有不同的看法。这一点是非常重要的。

我们现在可以再往深层方面展开讨论。当对抽象的原则具有不同的看法的时候，法官实际上是对抽象的一般法律理论具有不同的看法。像格雷法官竭力主张法无明文不处罚这个原则，是因为，他头脑里想的是这样一个一般的法律理论：法律是由立法机关写下的白纸黑字构成的，除非立法者展现了另外的意思表示，否则，就得在白纸黑字中找寻法律的含义。厄尔法官对这不以为然，他总想着许许多多具体明确的法律规则和判例背后的背景原则，因为，他头脑里也有一个一般化的法律理论：法律不仅包括白纸黑字的规则和判例，而且包括了背景的法律原则。这样说来，在争论具体问题的时候，两个法官等于是在运用不同的法律原则相互对抗，进而运用不同的一般法律理

论“你争我夺”，他们最终运用了不同的法律概念理论——法律是什么——来争论。他们的争论，不仅是具体的、实践的，而且是抽象的、理论的。

这种对抽象原则和一般法律理论的争论，都是有点抽象的味道，所以，我们可以像德沃金那样把它叫作“理论争论”。[198]

那么，“理论争论”是如何使“出处”或者“确定标准”的实证主义观念处于更为危险的境地的?

就帕尔玛这个案子来看，我们可以再次思考一下哈特的“认可规则”的观念。根据哈特的意思，在帕尔玛案里，如果想知道什么是法律，就应该观察一下大多数人尤其是官员群体接受了一个什么样的“认可规则”。“认可规则”内容的表述，可以是“凡美国州（如帕尔玛案发生的纽约州）议会明确制定的规则是法律”，也可以是“凡美国州议会、政府明确制定的规则和法院的判例是法律”，也可以是别的什么内容。假如纽约州大多数人尤其是法官和行政官员群体，接受了其中一个，那么，从这个“认可规则”就可以推断出什么才是有效的具体法律规则。在有些情况下，即使是官员之中的大多数而非社会的大多数接受了一个“认可规则”，确定法律的标准也是存在的。概而言之，只要存在着大多数人或者官员“接受”行为的一致性，就可以准确真实地在其中观察到一个“认可规则”，从而确定什么是法律。[199]

可是，在帕尔玛这个案子上，我们发现了激烈的争论；而且可以想象，纽约州的大多数人都会对它争论不休，起码有些人会站在帕尔玛及其代理律师的立场上说话，有些人会站在死者的两个女儿的立场上说话，而有些法官会站在格雷法官的一边，有些法官会站在厄尔法官一边……人们的立场分歧可能是非常普遍的。第一，他们之间的争论，都是暗中在抽象的原则和一般法律理论的层面上互不相让（至少我们可以觉察这样的问题）；第二，争论的缘由，最终也是因为对抽

象的原则和一般的法律理论存在着不同甚至矛盾的看法，甚至对“法律是什么”这样最为抽象的概念存在着不同甚至矛盾的看法；第三，对抽象的原则和一般的法律理论，争论也是非常容易产生的；第四，这种最为关键的、抽象的、关于法律的“理论争论”是在争论的过程中浮现的，当没有关于法律的具体问题争论的时候，我们很难甚至没有可能发现实践中的“不同甚至矛盾的抽象理论”，其比前面讨论过的“潜在法律原则”是更为隐蔽的。

在这个意义上，我们因而就更难通过“客观观察”来看到一个社会，比如纽约州的社会中存在着一个“认可规则”。[200]

话说到这里，我们可以意识到，由于在社会中，各种各样的人对许多法律问题会产生一种争论，而争论本身不仅是具体实践的，而且还是抽象理论的，特别需要强调的是这种抽象理论不是预先可以客观观察到的，这样，在他们的日常法律实践中，根本不能发现一个“认可规则”那样的确定法律性质的“出处”或者“标准”。再详细地说明一下的话，那么，根据哈特的描述，“认可规则”是在“内在观点”式的“态度”中才能观察到的东西；而在各种人的“内在观点”中我们只看到了“理论争论”，没有看到一致性的“看法”，于是，“认可规则”也就不存在了。其实，另一方面，“认可规则”在哈特的理论中也是一种表述“法律基本概念”的东西，比如，“凡是英国议会制定颁布的规则就是法律”；这样，当人们出现“理论争论”的时候，实际上等于是没有达成一个一致的“认可规则”。

049　对具体判决结果没有争议的案件

在亨宁森和帕尔玛的案子里，另外一个很重要的问题是这样的：法官们都对具体的判决结果有不同的意见。刚才谈论的那些反对认为存在着“出处”或者“确定标准”的理由，似乎都是以这个作为出发点

的。这是说，提出反对理由的人总是注意着“具体判决结果的争议”。假如对具体的结果没有争议，是不是就可以说，潜在的法律原则没有什么作用了？法官们所运用的具体规则或者判例背后的“背景根据”是一样的，因而不存在“理论争论”了？因此可以非常稳妥地在法官实践或者社会之中，找到一个“出处”或者“确定标准”？

假设在帕尔玛的案子里，帕尔玛并没有杀害祖父，而是在祖父病死的时候自然而然地依照遗嘱继承了遗产，而病死的被继承人的两个女儿还是不接受，一定要和帕尔玛争夺遗产，那么，法官对具体的判决结果都不会有不同的意见。因为，显而易见，《遗嘱法》规定得清清楚楚，死者的遗嘱又完全符合法律规则的具体规定，最为重要的是帕尔玛没有任何过错，此时还说两个女儿有部分的道理可以在法院里争一争，那就是有些不可思议了。

不错，如果案子的情形的确如此，当然就不存在“具体结果”的争议。大家都会认为帕尔玛的继承权是无可置疑的。但是，这可不意味着潜在的法律原则就不存在什么作用，也不意味着法官们所用的“背景根据”完全一样；更不意味着可以没有任何障碍地在社会实践中找到一个“出处”或者“确定标准”。因为，格雷法官和厄尔法官依然可能继续保持着自己关于法律原则的“理论见解”，从不同的法律原则出发，得出相同的具体判决意见。

为说明这个问题，我们看一下另外一个真实的、尽管对具体判决结果没有异议但是却仍然具有“理论争论”的英国案件——麦克洛克林诉奥布莱恩案（McLoughlinv.O’Brian）。在那个案子里，三个不同等级的英国法院对具体的判决结果毫无异议，可是它们依然表现了“理论争论”。

1982年的一天，一个叫麦克洛克林的英国妇女在家里准备晚餐，当钟表正好指向6点的时候，一个急促的电话使她心惊胆战。她觉得，

这时候应该是丈夫和孩子们回来吃饭的时间，响的应该是门铃而不是电话。她有一种不祥的预感。果不其然，当她拿起电话的时候，一个人说：“太太，您现在必须马上去医院，您的先生和4个孩子都在医院抢救，下午4点钟出了车祸！”麦克洛克林立即开车来到了医院。一进急救室，她几乎昏了过去。丈夫和孩子们个个血肉分离，尤其是最小的一个孩子，因为伤势过重已经死亡了。麦克洛克林受此刺激，精神倍受打击。时隔不久，麦克洛克林就将肇事司机奥布莱恩起诉到了法院，除了要求他赔偿各类直接损失之外，还要求他赔偿自己的精神损失。麦克洛克林说，她在精神上的伤害是永远不能痊愈的，没有什么打击可以超过亲眼看见家人的惨状而受到的痛苦刺激！[201]一位律师不辞辛劳，在浩如烟海的英国法院从前的判决汇编中找到了一批支持麦克洛克林的“判例”。在那些判例中，类似的精神伤害都获得了可观的赔偿。

但是，在初审中，当法官“阅读”这些判例和眼前的麦克洛克林案的时候，总觉得有些什么问题。法官们发现，以前判例中的精神伤害都是“现场发生”的。这就是说，精神受刺激者无一例外是在当时事故发生的现场即时看到惨状的发生，而麦克洛克林是在事故发生之后两小时受到刺激的，不是在现场，而是在医院。比如，以前一个判例是这样说的：一名妻子在丈夫车祸死后立即赶到现场并且马上看到了丈夫的尸体，原告因此获得了精神赔偿。[202]而在另外一个判例里，原告在发生火车相撞后立即赶到现场抢救伤员，虽然说原告与任何伤员都没有亲属关系，但是在抢救的过程中精神深受刺激（因为目睹了血肉横飞），因而被判获得赔偿。[203]

以前判例与此案存在的不同意味着什么?

初审法官说，虽然麦克洛克林一方找了不少的判例，可是那些判例不能作为本案的判决依据。因为，显然可以发现，麦克洛克林的案

子和以前的判例存在着“关键事实”方面的区别。判例的关键事实有：（1）被告主观上存在过错，我们可以强烈地指责他们；（2）被告确实有疏忽大意的地方，做事有失误；（3）被告的行为的确造成了损害；（4）原告的精神受了刺激；（5）精神刺激几乎都发生在事故现场。而在麦克洛克林的案子里，麦克洛克林精神受刺激并不是发生在事故的现场，而是在事故两小时之后的另外一个地方——医院，这个案子缺少了第5项“关键事实”。在初审法官那里，这个区别可是太重要了。因为，他们以为，这表明麦克洛克林精神受刺激对被告奥布莱恩来说是“不可合理预见的”；而在以前的判例里，对别人的精神刺激对被告来说是“可以合理预见的”（因为经过正常思考可以预先知道会发生什么）。初审法官讲，必须要考虑英国普通法（一种由一系列判例构成的判例法）的一个重要原则：疏忽行为者仅仅对自己可以合理预见的伤害负责任。最后，初审法官作出判决，宣布麦克洛克林的案子和以前的判例不是类似的案件，故而不能遵循前例的“说法”，驳回了麦克洛克林的诉讼请求（如果类似就要遵循前例）。

麦克洛克林当然是不服气的，将案子上诉到了上诉法院。上诉法院的法官依然说，麦克洛克林的要求属于无理纠缠，故而维持原判。不过，这里的法官却说初审法官的法律推理的理由是不对的。因为，对被告奥布莱恩来说，麦克洛克林的精神伤害仍然属于“可以合理预见”的范围，当麦克洛克林作为妻子和母亲冲到医院看到血肉分离的亲人，当然会因为看到惨状而受到刺激。麦克洛克林的案子和以前的判例的确不是类似的案子，可是“相互区别”的理由，不在于是否“可以合理预见”，而在于“政策”问题。

因为，第一，以往的判例对精神伤害的赔偿责任设立了某些严格的限制条件，这是说，如果承认精神伤害赔偿的范围可以无限扩张，包括那些没有或者几乎不在现场亲眼看见事故而产生的精神伤害赔偿，那么，就会刺激、鼓励各种与精神伤害赔偿有关的官司诉讼，使

法院讼满为患，并且使判决标准无从把握。第二，诉讼的膨胀和判决标准的失控，反过来又会使真正在现场目睹事故而遭受精神伤害的案件不易举证查清，从而拖延了对其赔偿的时间。第三，不限制一下的话，会给那些“试图利用法律”的人提供机会，让他们寻找医生来假证自己的实际上并不存在的精神伤害，到头来不公正地加重了被告的赔偿负担。第四，这么一来，还会增加社会责任保险的成本，使驾驶车辆和其他技术操作的价格上涨，最终使经济上拮据的人没有办法为此支付成本，并且使经济发展颇为依赖的交通等技术，倒成为阻碍经济发展的因素。

麦克洛克林自然还是不服气的，将案子进一步地上诉到了英国上议院（有的时候这个院做的正是其他国家最高法院做的事情）。岂料，在上议院那里依然是一个败诉的结果，上议院也是驳回上诉，维持原判。有趣的是，像上诉法院不赞同初审法院的法律理由一样，上议院里的“大法官”也提出了不同于上诉法院的“相互区别”的理由。

他们之中有的说，在某些情况下，“政策”式的理由说得过去，但是在麦克洛克林的案子里却不是那么令人信服。诉讼数量的增加，不会对法院的审判产生严重的影响，而且，即使在类似麦克洛克林案子“几小时之后目睹惨状”的案件中，法院也有能力区分真正的精神伤害赔偿要求和虚假的赔偿请求。这些“上议院大法官”还提出了这么一个问题：如果麦克洛克林的姐姐在澳大利亚几个星期或者几个月之后听到悲惨的消息而受到刺激，那么，这个姐姐是不是可以获得赔偿？这意味着，关键问题是如何区别真正的请求和虚假的请求。另外一些“上议院大法官”则说，法官根本就不应该考虑“政策”上的理由，而应考虑“政治道德”（political morality）上的理由（即法律上的平等对待理由）。如果对奥布莱恩来说，麦克洛克林的精神伤害是可以合理预见的，便不应该以“政策”为理由判决麦克洛克林不能获得赔偿，而应该依据“平等对待”的道德原则，承认麦克洛克林的法律权利。换句

话说，认定麦克洛克林的案子和以往判例就是类似的。在这种情况下，讼满为患和社会责任保险成本的增加，不管怎样对社会整体来说是不适宜的，都不能证明驳回麦克洛克林的请求是正当的。就算这种“政策”理由的推论，对立法修改来说非常具有说服力，而对法官来说，仍然不是一个真正的法律推论。法律推论，不会也不应该将以往法律制度承认并且实施的法律权利和义务弃置不顾。麦克洛克林的诉讼理由不能成立，是因为她的案子和以往判例是“相互区别 ”的；而“相互区别”是因为基本事实存在着不同。[204]

显然，在这个案子里，英国三个等级的法院都没有给麦克洛克林一个宽慰的“说法 ”，相反，它们都以为麦克洛克林不能获得赔偿。可是，它们各自判决所依赖的“背景根据”的原则和法律理论，就是迥然相异的。就在“背景根据”上，我们可以发现它们的独特的政治道德“理论”姿态，对法律的基本认识的“很大差异”。在这里，“理论争论”依旧是非常激烈的。

如此说来，即使当法官们对具体判决意见没有争论，在他们的实践中照样可能是无法发现一个“出处”或者“确定标准”。

050　法律在解释中完成

哈特和凯尔森那样的实证主义者告诉我们，在社会中，一些人尤其是法律官员中可以观察到一类“认可规则”或者“基本规范”的东西，有了这东西，我们就有了一个确定什么是法律的标准，并且从而找到我们叫作“法律”的东西。可是现在我们已经发觉，事实似乎并不是这样的。“……假定在所有法律制度中会有某种共同被承认的基本标准确定哪类准则为法律，哪类准则不是法律，是错误的”。[205]

那么，法律到底在哪里？我们怎样发现它？

德沃金果断地说，“理论争论”表明，法官没有，也不大可能接受一个所谓客观中立的“确定标准”，但是，“理论争论”又恰恰表明他们是在解释、论证具体的法律是什么。“理论争论”清晰地揭示，法官是在用自己的政治道德姿态和自己理解的“背景根据”原则或者一般法律理论，来建构一个法律权利义务的王国，正是在“理论争论”的过程中，人们在解释法律是什么，从而使法律具有了解释的性质。

德沃金指出：

法律具有解释的性质……法官通常承认有义务推进而不是抛弃他们参与的实践……当他们以我所说的理论方式进行争论的时候，他们的争论是解释性的争论。不仅是在微观上，而且是在宏观上，他们争论什么才是与案件有关的法律实践的最完善的解释。[206]

因此，在里格斯诉帕尔玛的案子里，帕尔玛的命运取决于具体法官的解释信念。如果法官都像格雷法官那样认为最完善的解释要求他们不去理会立法者的意图，而是紧紧恪守《遗嘱法》的白纸黑字，那么，他们就会支持帕尔玛独占那份遗产；反过来，假如法官都喜欢厄尔法官那样的态度，非将立法者的“合理意图”贯穿始终，那么，他们就会支持被继承人的两个女儿收回那份遗产。[207]在麦克洛克林的精神损害赔偿案子里，麦太太的命运是同样如此的。

由于法官们在确定什么是法律的时候，并没有依赖一个所谓的客观标准也即“出处”，这样，我们就发现了一个法律形成的“解释过程”。这是说，法律最终是经由解释而确立的。从法律的成分上看，因为法官在确定法律的具体内容的时候，运用了各种潜在的法律“背景根据”原则和一般法律理论，并且依赖了自己的政治道德姿态，所以，法律不仅包含了明确的法律规则，而且包含了潜在的法律原则、法律理论，包含了法官的政治道德姿态。

051　内在参与者的"看法"

如果法律特别依赖格雷法官和厄尔法官那样的人的解释，那么，我们自然会提出一个问题：在第二章第017小节说到的学者格雷——不是里格斯案里的格雷法官——也说过，法律特别依赖法官的解释，法官说什么，法律就是什么。这样的话，德沃金的讲法与格雷存在什么区别?

这是一个比较重要的问题。

学者格雷说，在帕尔玛的案子里，格雷法官和厄尔法官他们解释的《遗嘱法》以及以往的判例等，都是法律的渊源；不仅如此，而且这两位法官所依赖的"法律原则""道德观念"之类的东西，也是法律的渊源。正是在这些渊源的基础上，他们解释出了一个自己理解的法律规则。所以，法官说什么，法律就是什么。

但是，格雷在讲述这样一个法律思想的时候，试图告诉我们一个确定什么是法律的"客观"标准。他的意思和哈特、凯尔森一样，是想给我们一把"客观"的尺子，来把某些东西划在法律范围之内，把某些东西划在法律范围之外。这把尺子的内容是：法官所说的就是法律。而且，他还有一个弦外之音：格雷和厄尔那样的法官在思考法律的时候，也会或者也应该将这把尺子当作"确定标准"。

德沃金的意思与这个思想存在着很大区别。当向我们详尽分析格雷法官和厄尔法官的所作所为的时候，德沃金是想提醒我们注意，在实践中，格雷法官和厄尔法官不可能把"法官说什么，法律就是什么"这个说法，当做确定什么是法律的尺子或者标准。在帕尔玛案的判决过程中，法官们根本就没有认为这个说法是重要的，他们激烈地争论，因为他们对"确定什么是法律的标准"存在着根本性的分歧。所以，学者格雷再怎么煞费苦心地说明"法官说什么，法律就是什么"，

告诉法官格雷和厄尔他们这就是法律，他们依然是坚持自己的观点。在这里，我们可以清晰地发现，德沃金与格雷的讲法的确是不同的。

另一方面，把德沃金的意思再引申一步，我们就会发现，只要在实践中为了解决具体问题，而在解决具体问题的过程中，参与者都想说明自己的观点是正确的，那么，无论是谁，都不会接受一个客观中立的所谓“确定标准 ”。在帕尔玛的案子里，不仅格雷法官、厄尔法官自有一套，而且帕尔玛、死者的两个女儿、他们的律师，都会自有一套。在麦克洛克林的案子里，不仅英国三个法院的法官想到了不同的“一般法律理论 ”，而且麦克洛克林、被告奥布莱恩和他们的律师也想到了各自的“一套理论 ”。因为，很明显的一个事实是，在案子的纠葛中，所有参与者都有自己的社会角色，都有自己的价值观念、政治道德姿态和以往的文化背景，都会以这些作为根据来思考“怎样判决案子才是正当的 ”。就算是那些号称是“法律理论家”的人，当参与到帕尔玛的案子和麦克洛克林的案子里的时候，也会用自己的自圆其说的理论和价值姿态，来坚持自己的观点。

这又引出了一个对法律家来说“必须认真对待”的问题：法律家自己津津乐道的所谓客观的法律理论或曰所谓“确定标准 ”，究竟有什么作用？当法律家把自己当作无所不知无所不晓的“上帝 ”，告诉别人只有他说的才是“客观的法律真理”的时候，别人是不是在实践中依然把自己当做决定自己法律见解的“上帝”？

德沃金沉静地告诉我们，无论是凯尔森的“法律一词的通常用法 ”、哈特的“日常语言的正常用法 ”，还是静静地观察一个“出处”或者“确定标准”的设想（如学者格雷、边沁、奥斯丁、埃利希），都在社会的法律实践中显得“苍白无力 ”。因为，实践中的法官、其他法律家甚至一般平民百姓，基于自己的价值观念和道德姿态，从未大致地选择一个共同的“确定法律的标准 ”。当你告诉他们“法律是这么回事

或者那么回事”的时候，他们依然是另行其道，依然根据自己的政治、道德和法律观念来看待法律，至少，这是非常可能的。

这意味着，以往一切法律理论的出发点都是有问题的。因为，它们都设想站在一个客观的、外在观察者的立场来谈论“法律”，得出一个像自然科学那样的所谓“法律科学”的结论。而实践中的实践者可是没有这般“宏大志向”的，他们根本不是在“客观地观察”，而是主观地积极参与。每个实践者都具有特定的文化背景，都具有特定的价值姿态；他们没有，也不可能站在一个“客观的”立场上选择一个“客观的”法律理论。总而言之，所谓客观的“法律科学”（讲社会中的法律如何如何），实际上告诉我们的只是一种幻象。

这里另外涉及一个有关的问题：前面讲的那些法官，如格雷法官、厄尔法官、英国初审法院的法官、上诉法院的法官以及上议院的法官，他们所用的“背景根据”原则或者“一般法律理论”，和法学家如奥斯丁、埃利希、哈特、凯尔森所主张的一般法律理论，是不是同一个东西?

通常来说，我们容易认为，格雷法官和奥斯丁这样的法学家是不同的。格雷法官要解决的是具体实践问题：帕尔玛有没有权利继承遗产。而奥斯丁要解决的是抽象理论问题：法律在理论上是怎么回事。前者和后者不一样。前者一般并不在意法律的性质、特征或者概念一类的抽象问题，而后者一般则不大关心帕尔玛是不是有权继承遗产。

应该认为，当研究抽象理论的时候，奥斯丁的确不大关心帕尔玛的“具体问题”。可是，仔细研究格雷法官和厄尔法官的争论就可以发现，不论是否自觉，格雷法官总是在使用一般的法律概念的理论。事实上，任何一个法律实践者在判断帕尔玛的命运的时候，都会在潜在的“一般法律观念”的引导下，思考这一具体问题。当“寻找发现”具体的法律的时候，他已经预先设定了一个一般的法律概念。为什么格雷

法官一直坚持应该以《遗嘱法》的白纸黑字为具体法律内容的依据?因为，他认为，法律是指那些权威机构制定的明确规则。而这正是法学家奥斯丁所说的“一般法律概念”。

这样看来，格雷法官这样的法律实践者头脑里的“背景根据 ”或者“一般法律理论 ”，和奥斯丁那样的法学家所讨论的一般法律理论，并不存在实质性的区别。

根据这样一个思路，德沃金告诉我们:

法律哲学家对任何法律推论必须具有的一般性问题，对任何法律推论必须具有的解释基础，具有不同的意见。我们可以将硬币翻过来。任何实践的法律推论无论怎样具体或者局限，都预设了法理学提供的那类抽象基础。当对立的抽象理论基础相互对抗时，一种法律理论总是接受一个而拒绝其他。所以，任何法官的意见本身就是一篇法律哲学，即使这种哲学隐而不露，即使显而易见的推论充满了条文引证和事实罗列。法理学是审判的一般部分，是任何法律判决的无声序言。[208]

由于实践中的“一般理论”和理论中的“一般理论”没有实质性的区别，再加上实践者总会坚守自己的“背景根据”原则和理论，从而导致“理论争论”层出不穷。德沃金便演绎了他的一个进一步的结论：我们最好是采用一个内在— —即在实践中— —参与者的“看法”看待法律现象，即需要体会格雷法官和厄尔法官那样的实践参与者的“看法 ”。这是说，法律家的“历史学家式的感受只有包含一个参与者的感受，才能是更为具有说服力的。因为，只有具有一个参与者的理解，具有自己的对法律实践中的确证的好坏的感觉，他才能将法律理解为确证的社会实践”。[209]

在这里，“确证”的意思是讲，法官那样的实践者在解释法律的时候，都是在证明自己的观点是对整个法律实践的最佳解释，证明自己的观点的正当性。

假如法学家应该像法律家那样看问题的话，那么，法学家就应该证明自己的法律理论的正当性，证明这种理论是对法律实践的最佳解释。换个讲法就是：内在地 ——即像在实践中 ——积极负责任地解释法律。如此来说，我们在提出一个法律理论的时候，就不应该把自己放在一个外在的“客观中立”的上帝立场上，而是应该把自己融入内在的法律实践之中。当我们真是像一个法官那样的实践者提出一个“法律讲法”时，这个讲法自然对实践者会有一个实际的意义。

当然，如果格雷、边沁、奥斯丁、哈特、凯尔森这些法学家非要采用一个“外在观察者”的“看法 ”，那么，他们建构的所谓“客观描述”性的理论只能为格雷法官、厄尔法官和英国麦克洛克林案子中的法官以及其他社会角色那样的法律实践者所不睬，因为，那种理论在实践中是毫无意义的。[210]

小　结

德沃金的理论给我们提供了一部分法律现象的生动说明。在这部分现象里，可以发现不仅格雷法官、厄尔法官和英国三个法院的法官会激烈地争论“具体的法律是什么 ”，“确定法律的一般标准是什么 ”，而且，在法院之外的一般老百姓，包括帕尔玛、麦克洛克林、奥布莱恩以及他们的律师，只要是积极参与到法律实践中去，也都会或者至少可能争论“具体问题”和 “抽象问题 ”。只是在争论抽象问题的时候，是以隐蔽的和“暗含的”方式来展开自己的主张和见解。这样一来，我们自然会感觉到德沃金的理论，对以往的许多法学讲法提出了有力的挑战。

第五章　两种法律秩序

在前面一章的结尾，我们提到了德沃金的一个重要观点：无论实践中的法律家还是理论中的法学家，实际上都在而且也应当尽力地证明自己的观念是对整体法律实践的最佳解释，证明自己法律理论的正当性。德沃金的另外一个意思则是，不仅法律家、法学家是并且应当是这样的，而且在社会实践中参与法律活动的其他各类人，也是并且应当是这样的。

但是，问题可能是非常复杂的，其复杂性另外会牵引出一个必须深入讨论的问题。

在本书的引言那里，我们不断地提到了克力同这个人物，而且将其当时的思想和苏格拉底的思想对照起来进行了分析。现在，我们需要经过德沃金的思路线索，重新回到他们两人。苏格拉底认为自己具有服从古雅典法律的义务，所以选择了死亡。他对法律的态度可以说是类似德沃金所说的状况。但是，克力同是有所区别的。克力同喜爱苏格拉底，同情他的遭遇，尤其认为这样一位了不起的哲学家“遭遇这样的法律对待”是十分不公正的。克力同因而根本没有积极地像德沃金所说的那样去看待— —包括解释— —古雅典的法律和审判。虽然承认古雅典的国家式规则是法律，可是他还是认为并不存在一种服从它们的义务，更不用说去证明自己的观念是对这种法律规则的最佳解释。

这就会使我们有些困惑地想到一个问题：法律和义务是连接在一起的，怎么可以在承认法律的时候而不承认法律所带来的义务?

这里涉及西方法律思想的一个历史悠久的独特观念：用一种应当的“法律”来评判现实的“法律”。克力同虽然没有提到一个“应当”的规则批判古雅典的国家式规则，可是，在他的态度里却隐含着一个意思：现实的法律如果不符合或者违反了一种更高的东西，那么，其也就失去了法律义务的意义。假如古雅典的国家式规则符合自己的“应当如何的标准”，克力同就会陷入极为矛盾痛苦的境地：一方面他会觉得国家式规则是神圣的故而应该遵守；另一方面，他又会为尊师益友苏格拉底“陷入法网”而深感不安。但是，毕竟古雅典的国家式规则在克力同看来太糟糕了，和自己没有觉察的“应当标准”相去甚远，所以，克力同不仅没有矛盾痛苦，而且可能恰恰就是不承认这种法律所设定的义务。

052　希腊悲剧《安提戈涅》

其实，早在“苏格拉底的审判”一事之前，至少就有一个要比克力同更为“坚定明确地”否定现实法律的人物出现了。这个人物就是希腊悲剧家索福克勒斯笔下的安提戈涅。

安提戈涅是个姑娘，她有一个哥哥叫波吕涅刻斯。在底比斯城发生的一场战争中，波吕涅刻斯战死了，不过是作为一个背叛祖国的人而战死的。国王克瑞翁认为波吕涅刻斯完全是个叛徒，所以，把他暴尸城下。国王宣布，谁也不得哀悼波吕涅刻斯，不得埋葬他的尸体，任凭乌鸦和野兽啄食他的身躯。克瑞翁说，这是一条具有普遍约束力的国家法令，任何人都有服从的义务。不仅如此，克瑞翁还派人看守尸体，授权看守者只要发现有人偷去埋葬，便一律用乱石将偷者砸死。

可是，安提戈涅记得哥哥临死前说过：亲爱的妹妹，我希望你把我埋葬在家乡的土地上，请求愤怒的家乡人原谅我（背叛祖国），至

少满足我的埋葬家乡这一遗愿。所以，尽管知道了国王克瑞翁颁布的“法令”，安提戈涅还是在众目睽睽之下勇敢地来到了波吕涅刻斯的尸体前，按照宗教仪式，在他哥哥的尸体上撒下三壶泥土以示安葬。

看守的士兵把安提戈涅抓了起来，带到了国王克瑞翁的面前。说起来，安提戈涅还是克瑞翁的外甥女，而波吕涅刻斯则是克瑞翁的外甥。国王怜悯地看着外甥女，说：“你真是个蠢孩子！怎么样，这件事，你究竟是承认还是否认？”没想到外甥女倔强地昂起头：“我承认！”克瑞翁接着说：“知道吗，你已经违反了我颁布的法令。”可是安提戈涅却更加激昂地说：“是的，我知道。可是这个法令不是不朽的神发布的。而且，我还知道一种法令，不分现在和过去，它都是永远有效的。尽管没人知道它来自哪里，但是凡人不能违反它，否则就会引起神的愤怒。正是这种神的法令，促使我不能让我母亲的儿子暴尸野外。你以为我是愚蠢的，而骂我愚蠢的人才是愚蠢的。”

克瑞翁恼怒地喊道：“你以为你的顽强精神不可屈服吗？告诉你，落到别人强有力的手中，就轮不到你这般傲慢！”安提戈涅反而平静地回答：“为什么还要拖延杀死我的时间？！我的名字不会因为我被杀而受到玷污。而且我还知道，你的市民只是因为害怕才保持沉默。他们都在心里赞赏我的行为，因为我尊敬和爱戴兄长，这是做妹妹的首要义务。”[211]

053　高一级的法律与低一级的法律

在安提戈涅的言语中，我们可以清楚地发现在克力同的言语里隐含的内容：存在着两种法律秩序，而且其中一种高于另外一种。我们当然可以认为，安提戈涅不过是因为对哥哥充满了爱，而且哥哥在临死前对她曾经有一番嘱托，所以她一定要提出所谓神的东西来论证自己的行动。但是，我们恐怕又要看到，作为悲剧冲突中的一个角色，

安提戈涅也的确深感兄妹之情是自然而然的、永恒不变的，这种“永恒不变”也只有在具有“永恒意蕴”的神身上才能找到。在这种条件下，设想并且运用一个神的法令来对抗人的法律，自然是情理之中的事情。

安提戈涅的故事的确是一个让神法战胜人法的历史文化隐喻。这个故事，一方面提醒人们需要注意永恒不变的东西，另一方面又在暗示人世间的法律“规矩”相形之下总是存在弊端的，同时，还提出了一个两种相互冲突的秩序很难处理的严峻问题。

人制定的“法律”非常容易辨认，在安提戈涅和克瑞翁的戏剧冲突中，安提戈涅完全没有否认舅父的“法令”就是法律，因为他是权力的象征，把持着臣民的生杀大权。希腊神话中的人物，也和我们今天许多常人的见解一样，认为只要一国之主以权威方式制定了规则，法律也就是非常明确的了。可是，神话中的人物以及后来的许多西方人，却又都以为人从来就是不完美的，而不完美的人制定出来的法律，当然也就变得不完美了，甚至是很有缺陷的。安提戈涅并不尊重克瑞翁的法令，因为她的潜意识里面有着这样一个观念：虽然你是国王，但是你和常人一样有着种种缺陷，而你居然颁布法令禁止一切人包括死者的亲人埋葬死者，这更表明你和你的法令已经是“违反上天”的，因而在权力的面前，只有用“永恒法”战胜“人定法”。

当认为人制定出来的法律存在种种缺陷的时候，也就意味着我们人类的手中已经有了“正确、完好”的标准。然而，人类都是有缺陷的，怎能产生一个“正确、完好”的标准？依此问题的提示，人们当然只能想到在一般人类之外寻找一个所谓的能够提供客观标准的东西——神或者上帝。这进一步意味着，神或者上帝可以告诉我们“正确、完好”的标准是什么。而且，还能进一步想到，神或者上帝才能制定“完美无缺”的法律。所以，古罗马的西塞罗说：

真正的法律乃是正确的规则，它与自然相吻合，适用于所有的人，是稳定的，恒久的，以命令的方式召唤履行责任，以禁止的方式阻止犯罪，但它不会无必要地对好人行命令和禁止，对坏人以命令或禁止予以威召。要求修改或取消这样的法律是亵渎，限制它的某个方面发生作用是不允许的，完全取消它是不可能的。……不可能在罗马一种法律，在雅典另一种法律，现在一种法律，将来另一种法律，一种永恒的、不变的法律将适用于所有的民族，适用于各个时代；将会有一个对所有的人共同的，如同教师和统帅的神：它是这一法律的创造者、裁判者、倡导者。[212]

让我们对法进行论证时从那条最高的法律开始，它适用于所有时代，产生于任何成文法之前，或者更确切地说，产生于任何国家形成之前。[213]

而中世纪的阿奎那也说，这种神制定的法律高于一切人类法，法律又分为了永恒法、自然法和人类法三个等级，人类的法律就在“这些法律等级”的最底层。他以为，永恒法“不外是被认为指导一切行动和动作的神的智慧所抱有的理想”，[214]而“上帝对创造物的合理领导，就像宇宙的君王那样具有法律的性质……这种法律我们称之为永恒法”。[215]自然法是指像人这样的理性动物都受着神的支配，有一种自然的倾向，要按永恒法的规定去做一切事情。理性动物这么做了，就是自然法的意思所在。[216]“一切法律只要与真正的理性相一致，就总是从永恒法产生的”。[217]反过来，如果人类法不符合永恒法，那么，在人类法里就没有一个条文是公正的或合理的。[218]

054　人制定的法律和神制定的法律

现在，我们站在克瑞翁的角度来看看这些观点有什么问题。

可以设想，克瑞翁会对安提戈涅说：外甥女，你讲还有一种永远有效的法律，不分时间地点都要遵守它，那么，你能首先讲清楚那是什么法律吗？你自己也承认没有人知道它是哪里来的，既然如此，怎么可能谈得上认识它甚至服从它？

克瑞翁还可以提出具体的理由来进一步“驯服”安提戈涅。第一，所谓的神颁布的那些“法律 ”，世俗的人只能凭自己世俗的眼光和知识去理解，而世俗的人是有缺陷的，由此而来的眼光和知识当然是有缺陷的；另一方面，神及其智慧则是完美无缺的，它的“法律”也是精妙无比的；既然如此，世俗的人何以能够把握哪怕是“窥视”神的 “法律 ”？你安提戈涅也是凡人，怎么可能宣称自己所说的神法就是真正的神法？

第二，那些神的所谓“法律”不是成文的，换句话说，既是看不见的也是摸不着的，全凭世俗的人来说明和解释它，假如人们的说明解释不同，到底以谁的为准？假如你说了一条，别人说了一条，两条又是冲突矛盾的，按照谁说的为准？你安提戈涅可以说兄妹之情是神的一个“法律 ”，我克瑞翁还可以说背叛祖国和亲人就应该处罚而不应当埋葬才是神的“法律 ”，两个说法是对立的，究竟你说的对，还是我说的对？相形之下，我国王颁布的法令就不同了，它是白纸黑字的，清清楚楚，如果有什么不清楚不明白，拿来翻翻就会一目了然。对白纸黑字的理解，就算有时会存在一些解释上的困难，也要比神的法律来得容易和肯定。

第三，大家承认我是国王，就等于是假定了要我来治理世俗的国家事务，让社会有个统一一致的社会秩序，而我颁布法律正是为了有效地让社会有个统一一致的规矩。假如许多人像你安提戈涅一样，凭自己对神法的理解来做自己认为是正确的事情，并且用它来对抗国家的“法律”，那么，我们还会有秩序吗？

在克瑞翁的这三个说法里，可以得到这样一个结论：用神法来审视人法是件不太可靠的事情。虽然人法存在这样或者那样的缺陷，可是它要比神法来得明确一点，人类行为想要有个标准和规矩，人法自然是一个方便的首选。而安提戈涅、西塞罗甚至大神学家阿奎那那样的观点，并不会使人们在现实中得到一个稳妥的行为准则。这也是为什么长期以来人们总是制定世俗的法律的一个重要理由。

但是，安提戈涅依然可以针锋相对地来反驳克瑞翁的观点。安提戈涅可以这样说：

第一，尽管神法没有像人法那样容易确定，但是，这可不意味着俗间的人类根本不能体察神法的精神。人都是有感情的，人应该爱人，更应该爱自己的亲人，在自己亲人离开人世的时候应该以虔诚的方式予以埋葬，这是再自然不过的事情；无论在哪个时代哪个地方，这是任何人都可以通过内省而得到的永恒情感。假如永恒的情感正是神法的一个部分，为什么就不能通过这种方式理解到这一点？

第二，通过人们都可以体察到的情感，我们还是可以清楚地知道应该做什么。虽然神法一类的法律没有明确的文字，但是，在人应该爱自己的亲人这样的问题上，谁都恐怕要比读到白纸黑字的国法更能明白自己应该怎样做，更有坚定的信念去这样做。

第三，社会当然需要一个秩序，可是如果国法制定的秩序是一种人类本身根本就不需要的秩序，或者说是一种违背人类本性的秩序，那么这岂不要比没有这种秩序更为糟糕？比如，假如国法规定，国王可以没有任何理由就处死一个臣民，那么，这样一个秩序当然是违反人类生存本性的，有它当然要比没有它更为糟糕；而且，这样一个秩序持续下去，最终会导致没有任何秩序，因为所有臣民都会因为担心自己的性命远走他乡，或者暴力反抗。

可以想象，阿奎那也会用同样的方式和理由反驳克瑞翁的讲法。

055　违反克瑞翁法令的权利

安提戈涅违反了克瑞翁的世俗法令，她以为，这样做是正确的而且是应该的。这无形中暗含了如下一个推论：她有违反的权利。于是，这里就引出了一个颇为重要的实践问题：就算世俗的法律是不好的，安提戈涅是否依然具有一个服从这个法律的义务？或者换个问法：安提戈涅是否具有违反克瑞翁“恶”法的权利？

阿奎那是支持安提戈涅的，他说：

如果一个掌权者发出的命令违背了那个权威（即合法权威）在当初被设立时所抱定的目的（例如，命令实行某种罪恶的行动或做出某种违反道德的行动，而建立权威的目的恰恰就在于保护和提倡道德）。在这种情况下，一个人不仅没有服从那个权威的义务，而且还不得不予以反抗……在这种情况下，那个臣民有服从或反抗的自由。[219]

可是，就连苏格拉底都以自己的现身说法告诉我们不能这样。他的理由，除了克瑞翁所说的“社会秩序是非常重要的”之外，还有一个伦理上的道理：自愿地生活在一个社会里，就等于是自愿地承诺接受这个社会的法律，如果既想生活在这个社会里又不想服从它的法律，又等于是只想享受权利而不想承担义务，这在道德上显然是自相矛盾的，如同在说“你借钱后必须还我，而我借钱后不必还你”一样。[220]西方一位学者说过，“享受社会利益而不为此作出相应的贡献，这是有失公平的”。[221]霍布斯也曾经提到：一个人如果“是自愿加入这一群人组成的群体，这一行为本身就充分说明了他的意愿，也就是以默认的方式约定要遵守大多数人所规定的事情。这样说来，如果他拒绝遵守或声言反对他们的任何规定，便是违反了自己的信约，因之也就

是不义的行为”。[222]安提戈涅自愿地生活在克瑞翁的王国里，这就暗含了她自愿承诺要服从克瑞翁的法令。现在，她想违反法令，不就等于是只想享受权利，不想承担义务，从而是不义的?

而且，像苏格拉底那样的人还会出于替安提戈涅“着想”，说：假如人人都像你安提戈涅那样不遵守克瑞翁的法令，最终对你自己也没有什么好处。这里的意思是讲，安提戈涅虽然坚决反对禁止安葬哥哥的法令，可是肯定会赞同克瑞翁的另外一些法令。而如果一些其他人说，另外一些法令也是糟糕的、邪恶的，遵守它们是错误的，那么，他们就会像安提戈涅反对禁葬法令那样反对另外一些法令。又假如这些法令是保护安提戈涅安全的，安提戈涅此时岂不是处于了不安全的境地?现代一位西方学者说过：“安全而有秩序地生活，这种利益，只有在几乎所有人都遵守法律的情况下才可能实现。”[223]

当然，阿奎那可以这样替安提戈涅说：安提戈涅出生在了克瑞翁的王国，她无法回避克瑞翁的法令，就像无法选择自己的出生地一样，这时候，克瑞翁的法令“好”与“坏”完全是一个安提戈涅的运气问题；在这种情况下，怎能谈到安提戈涅自己的道德承诺?如果一个人通过选择来到了一个国家，或者出生在一个国家后又有能力离开，那么，她再不离开而是继续留在这里，就会存在一个道德承诺的问题。

此外，即使是自愿地生活在克瑞翁的国家里，也不意味着服从所有的义务才在道德上没有疑问。安提戈涅自然应该在享受权利的时候承担义务，可是，那些义务都应该是合理的义务才谈得上是否承担。假如克瑞翁不仅不让安提戈涅埋葬兄长，而且强行规定所有人包括死者的亲属都要侮辱尸体，那么，这对安提戈涅来说，就不是一项人们通常认为合理的义务要求，而是一种暴政的义务要求。虽然有些不合理的义务在他人看来是合理的，换句话说，不仅克瑞翁而且和安提戈涅生活在一起的其他人，都可以和安提戈涅就“合理不合理”展开激烈

的争论，然而，有些不合理的义务也的确是不大可能产生争议的，像那些强迫侮辱亲属尸体甚至强迫滥杀无辜的义务，就是无可争议的。在这些义务上，有什么理由认为服从它们才在道德上没有问题?

就算从安提戈涅本身的利益着想，也不能说安提戈涅本身违反克瑞翁的法令必然引起其他人违反法令，从而引起对安提戈涅本人的安全威胁。有时，安提戈涅的行为的确可以给其他人以口实去违反克瑞翁的法令，最终给她自己带来就连她自己也不喜欢的结果。可是，在有的时候，安提戈涅和其他人会一致地反对某些公认的恶劣法令，在这种情况下，如果安提戈涅明确主张当克瑞翁的法令让绝大多数人都遭殃的时候，人人都可以反对它，那么，安提戈涅再“挺身而出”就根本不会引起对自己的不利结果。

这里，我们可以隐隐约约地感觉到，阿奎那甚至西塞罗那样的古人提出的逻辑，在向我们讲述一个权利来源的故事：世俗的人都有一种国法规定之外的权利，这种权利大致来自神或者上帝的安排或者赐予。而有了这个故事，就等于是说，服从法律的义务要以自然的权利为基点，而且等于说，世俗的国法如果不尊重这种权利，那么，安提戈涅当然也就没有服从的义务。回到我们这几小节讨论的中心议题上，就是——安提戈涅可以在两种不同甚至相互对立的秩序中作出选择。在下面一章，我们将对这里的问题展开深入分析。

小　结

在安提戈涅的悲剧里，可以清晰地发现安提戈涅提出了两种法律秩序的概念。我们当然可以提出这样的问题：将克瑞翁的法令叫作法律是没有疑问的，可是安提戈涅提出的所谓“神法”能说是法律吗？不过，这个问题，在前面已经讨论过。我们讲过，它很可能与人们对法律的不同的基本看法有关。从纯粹的逻辑上看，像奥斯丁把主权者的

命令叫作法律，卢埃林把法官的活动叫作法律，弗兰克把法官的判决叫作法律，埃利希把民间的规矩叫作“活的法律”一样，安提戈涅甚至西塞罗和阿奎那，当然可以把神的规则叫作“法律”。

在这里，问题的关键不在于安提戈涅、西塞罗和阿奎那所说的那个东西是不是法律，倒在于“两种东西发生了冲突”，其中一个要么战胜要么败给另外一个。往深了说，就是两种东西兴许代表了同样值得追求的人类价值，而我们又无法或者根本不可能在其中两全其美。安提戈涅的回答是：只能用高一级的神法战胜低一级的人法；克瑞翁的回答是：只能用人法约束人的所作所为。

第六章　自然法、自然权利和社会契约

在安提戈涅、西塞罗和阿奎那的思想中，我们可以明确地看到，他们是在用神的东西作为标准来对世俗的东西作出评论，甚至主张用神的秩序反对世俗的秩序。不过，阿奎那在讲上帝的永恒法的时候，另外推出了一个“自然法”的概念。他说，自然法没有上帝的永恒法那么“高”，它只是像人那样的理性动物不断参与、追求永恒法的一个过程。阿奎那的“自然法”话语是比较晦涩的，我们可以把它按下不表。这里只是要提到这么一句：这种“自然法”的说法，以及西塞罗甚至更为遥远的古希腊斯多葛学派的自然法讲法，后来在西方启蒙时期的充满人文精神的学者那里，虽然是被削弱了神的光环，但是还是被用来当作一种捍卫超越现实法律的自然权利的武器，并且进而用来辅助说明，在自然权利和“社会契约”的支撑下，人如何可以对抗现实的法律。

056　自然法 =判断事物的理性

其实，在近代人和现代人的眼睛中，安提戈涅的故事即使没有神的影子也照样是可以讲清楚的。安提戈涅想埋葬自己的哥哥，这当然是人之常情。就算没有所谓的上帝或者神，或者不能觉察上帝或者神的存在，我们依旧可以感觉到自己亲情的存在；可以感觉到，这种亲情并不随着时间地点的变化而变化，它是与生俱来的。而且，人都是有理性的，即使不在神的帮助下，同样可以认识到这一点。

人生来就有亲情和理性，这在近代或者现代的常人看来似乎是一个很难否定的一般命题。而这样一个命题，尤其是其中自然而然的“理

性”这个概念，又被文艺复兴以及启蒙时期那个时代的人用来描述“自然法”。17世纪荷兰法学家格劳秀斯（Hugo Grotius）说：自然法就是“一种正当理性的命令，它表明所有与合乎理性的本性相一致的行为便是道义上必要的行为，而与之相反的则是道义上罪恶的行为”。[224] 而同世纪的英国哲学家洛克也说：理性“就是自然法，教导着有意遵从理性的全人类……”[225]

在格劳秀斯那里，自然法包括了这么几个原则：第一，尊重别人的财产；第二，借别人的东西要还；第三，和别人订立了契约就要信守承诺；第四，由于自己的过错让别人受到了损失，应该赔偿；第五，应当扬善惩恶。[226] 而在洛克那里，自然法尤其表明了任何人“不得侵害他人的生命、健康、自由或财产”。[227] 格劳秀斯还着重指出，从他所说的“五项基本原则”里，能够推出所有的自然法的具体内容。

对这样一些“理性”或者自然法的思想，我们可以发现，它们特别类似一些我们日常生活中的道德规范的描述。的确如此，它们的确是对一些道德规范的诠释。其实，那些主张理性式的自然法的人，头脑中有的时候正是想着在社会中看到的道德规范，才讲出了那些所谓的自然法。他们心里总有这样一个感觉：任何具备正常思考能力的人，都会承认现实生活中的基本道德，而这些基本道德从来都是不能否认的。基本道德就是人生下来的时候已经明白最应该做什么或者不应该做什么的“应当”要求。自然法的赞扬者设想，不偷东西、借东西要还、言而有信、尊重他人自由等，必定是我们一旦进入社会就会感觉到的正当要求。

那么，为什么非要将那些基本的道德规范叫作自然“法”？这里需要注意，那个时期的西方人特别迷信“理性”这个概念。他们直觉地以为，贯穿道德之中的理性一定是与生俱来的，而且，其中有人还相信

理性式的思考方式和能力有如自然规律与自然存在一样，亘古不变。这样，对理性的“崇拜”和对自然法则一类现象的联想，便使他们对“自然法”一词特别青睐。孟德斯鸠把这里的问题说得清楚透彻：

从最广泛的意义来说，法是由事物的性质产生出来的必然关系。在这个意义上，一切存在物都有它们的法。上帝有他的法；物质世界有它的法；高于人类的“智灵们”有他们的法；兽类有它们的法；人类有他们的法。

有人说，我们所看见的世界上的一切东西都是一种盲目的命运所产生出来的，这是极端荒谬的说法。因为如果说一个盲目的命运竟能产生“智能的存在物”，还有比这更荒谬的么？

由此可见，是有一个根本理性存在着的。法就是这个根本理性和各种存在物之间的关系，同时也是存在物彼此之间的关系。[228]

而“所以称为自然法，是因为它们是单纯渊源于我们生命的本质”[229]。

057　维多利亚的传说——自然权利

的确，自然法是个不错的东西，有了它，人与人之间就会“自然”祥和。可是，自然法存在的目的是什么？换个问法：不偷东西、借东西要还、言而有信、尊重他人自由，这样做为了什么？格劳秀斯和洛克这些人确信，自然法或说这样做的目的就在于使人们顺利地实现自然权利。

在此，我们首先说明一下自然权利观念的历史来源。

16世纪，在西班牙的萨拉曼卡住着一位著名的法学家，叫弗朗西斯·德·维多利亚（Francis de Vittoria）。这个人虽然是专门研究学问，但是也时常给王室出谋划策。那个时候，哥伦布发现新大陆没有多久，西班牙就已经开始计划怎样统治土著印地安人了。一天，国王把维多利亚叫到身边，说新大陆的土著人不好管理，因为他们根本不信奉基督教，国王决定用强硬政策来征服印地安人。他的根据是：他们没有文化，就教养而言，根本无法和西班牙人相比。国王还说，要在法律上剥夺他们的财产所有权，不能让他们成为财富的法律主人。可是维多利亚却认为不能这样做。他指出，随意对土著印地安人使用暴力剥夺财产所有权是不应该的，因为，他们像西班牙人一样具有人性和理性，他们的人性和理性决定了他们具有先于法律权利的自然权利。这些人具有的权利，不是由国家的法律决定的，而是自然存在的，与生俱来。据说，国王虽然没有接受维多利亚的说法，但是出于策略上的考虑，还是对印地安人采取了"胡萝卜"式的怀柔政策。

西班牙人在新大陆的结局虽然不是那么辉煌，可是维多利亚的观念却似乎通过这段历史传给了后来的西方人，让后来的西方在面对现实法律的时候，时常提到自然权利一类的东西。[230]

什么是自然权利？简单来说，就是一种在国家、政府和人类制定的法律产生以前人们已经拥有的权利，这种权利不依人法的规定而存在，不以人法的改变而转移。启蒙思想家步维多利亚之后尘，坚决主张在远古时期人们就有了一些最基本的权利。洛克讲，"人的自然自由，就是不受人间任何上级权力的约束，不处在人们的意志或立法权之下，只以自然法作为他的准绳"。[231]而那些起码的自然权利，还包括了生命权、财产权。[232]

自然权利的观念影响深远而且富有魅力，就连1776年6月12日的美国弗吉尼亚州宪法都写出了这样的字句：

所有人根据自身本性都具有平等的自由和独立，拥有一些天生的权利。当人们进入社会状态时，根据任何契约都不能剥夺或废除其后代的这些权利，即享有生命和自由，拥有获得和占有财产的工具，追求和得到幸福和安全的权利。

甚至美国最高法院的大法官在1875年一个案子的判决中也宣布：

在任何自由的政府下，人民都有……一些不受国家控制的权利。如果政府不承认这些权利，认为公民的生命、自由和财产在任何时候都要受到甚至最民主的统治者的专制支配和无限控制，那么，政府终究不过是一个专制政府。……对政府权力的限制，是所有自由政府的基本特征，其中包含保留个人权利的意思，否则社会契约就无法存在。因此，名副其实的政府尊重这些权利。[233]

058　社会契约的一种描述·人法的目的

在前面提到的弗吉尼亚宪法和美国最高法院的判词里，我们看到了这样一个用语：社会契约。应该这样来说，在启蒙时期的思想家的“文字文本”里，“社会契约”是一个出现频率绝不亚于“自然法”和“自然权利”的词汇。当然，使用“社会契约”一词的用意和使用“自然法”与“自然权利”存在着密切联系。讲自然法和自然权利，实际上是在为讲社会契约而做理论上的准备。

契约这个概念，人们现在习惯叫作“合同”或者“协议 ”。如果两个人或者几个人甚至许多人相互作出了某些约定，像 “你应该做什么 ”“我必须做什么 ”“你做完之后应该有什么收益 ”“我做完之后有什么好处”等，那么，这些人就被一个契约维系在一起了。不过，就契约观念来说，我们中国人一般只知道它属于私领域，比如买卖、租赁、承

包、委托，因为，我们从不认为在公领域比如国家管理中也有契约的问题。

而启蒙时期的西方人，甚至现代西方人，时常会认为公领域也存在着契约。

我们先看一个私领域里的契约问题。假设一个人甲和另一个人乙签订了一份委托管理契约。契约规定，甲委托乙看管房子和花园，乙要定期修缮，而在每年的年底，甲将管理费寄给乙，看管期限为20年，如果任何一方违约，那么依约受罚。根据这个契约，我们可以看出，双方都有权利和义务。而对乙来说，应该严格履行契约规定的义务，否则便不能得到管理费甚至受罚。

这是一个典型的私领域里的契约，因为，当事人双方都是平等的个人，而且在契约签订上谁对谁都没有特殊的权力。

其实，这个契约还隐含了这样一些含义：首先，甲对自己的房子和花园拥有所有权，而乙也有权利以自己的“劳动”获得报酬；其次，通过这么一个契约，甲把自己的一些权利比如房屋花园的管理权授予了乙，而乙就享有了管理权；第三，没有这么一个契约，乙就没有一个“应当认真看管”的义务，而甲就没有付报酬的义务。在抽象的理论上讲，两个人都有一些“原始”的权利，这些原始权利使他们可以通过一个“意思表达的一致 ”，来交换自己的权利和义务。

现在，我们把契约当事人的范围扩大一下。

就甲方来说，有的时候是一个自然人，有的时候是一个公司，或者学校、医院、基金会之类的组织，甚至一个地方政府或者国家，而乙方也经常出现这样的变化。显然，即使是这样，我们仍然会以为上

面契约的效果是照旧的，就算是政府或者国家，也要严格地遵守契约。

有意思的是，启蒙学者与众不同地一定要提出一个进一步的问题：为什么人与人之间只能就“生意”“服务”“财产”之类的“私事情”达成契约，而不能在“权力”“管理”“统治”之类的“公事情”上达成契约?

假如我们达成了一个“私事情”的契约，一方违约，或者双方都说自己遵守了契约而另外一方言而无信，那么，怎样处理这个纠纷？由谁来处理这个纠纷？如果我们说，让第三方比如仲裁人或者政府机构按着契约规定来处理，那么启蒙学者就会追问：为什么第三方可以具有这个权力？这时候，我们可能会想到，让第三方来处理，是因为争议双方达成了一个解决纠纷的新契约，约定由第三方来作出裁断。启蒙学者说：这就对了，第三方的权力就是来源于新的契约；而且，假如社会有许多需要处理的矛盾和问题，我们大家又都把处理的权力交给了第三方，那么，第三方的权力正是一类“管理”“统治”的公事情的权力。而这些权力，也恰恰是来源于人们的契约即“社会契约”，它完全类似于上面的新的契约。

再进一步讲，大家把“公权力”交给了第三方比如政府或者国家，就和它们也形成了一个无形的契约；这个契约表明，政府国家被授权处理社会上的各类纠纷，而政府国家又要依照授权的范围来履行自己的职责，就像前面那个委托管理私人房屋和花园的契约一方乙一样。乙根据授权，要一丝不苟地尽管理房屋和花园的义务；而政府国家根据授权，也要认真地尽管理社会的义务，不能不负责任甚至滥用权力侵犯授权人的权利。

道理如此，但是实际上是不是这么回事？为了回答这个问题，有些启蒙学者便编织了一个有意思的远古时代的故事：在很久很久以前，人类都处在自然状态之中，那时候大体说来是井井有条的，人们

都享有自然权利，天下可以说是祥和安定，“那是一种完备无缺的自由状态，他们在自然法的范围内，按照他们认为合适的办法，决定他们的行动和处理他们的财产和人身，而毋须得到任何人的许可或听命于任何人的意志”。[234]“这也是一种平等的状态，在这种状态中，一切权力和管辖权都是相互的，没有一个人享有多于别人的权力”。[235]

这是故事的前一部分。

故事的后一部分是：只是有的时候人们避免不了发生冲突，在这种情况下，一方面有的人不一定清楚地知道自然法的具体内容，“虽然自然法在一切有理性的动物看来，是既明显而又可理解的，但是有些人由于利害关系而存偏见，也由于对自然法缺乏研究而茫然无知，不容易承认它是对他们有拘束力的法律，可以应用于他们的各自的情况”。[236]另一方面，如果“人们充当自己案件的裁判者，这方面的不利之处确实很大，因为我们很容易设想，一个加害自己兄弟的不义之徒就不会那样有正义感来宣告自己有罪”。[237]此外，在自然状态中，还缺少一种公共权力“来支持正确的判决，使它得到应有的执行。凡是因不公平而受到损害的人，只要他们有能力，总会用强力来纠正他们所受到的损害；这种反抗往往会使惩罚行为发生危险，而且时常使那些企图执行惩罚的人遭受损害”。[238]

于是，由于自然状态里存在着种种不便，人们就明智地坐在一起商讨如何建立一个政府或者国家。经过仔细的思考，大家发现把自己的一部分权利交出来，组织一个政府并且由它来制定明确的法律和解决社会的纠纷，对每个人来说都是非常有利的。由此，大家签订一个“社会契约”。人世间的政府和人法就这么出现了。有些启蒙学者宣布，人类社会的历史就是这样过来的。

历史是不是真的这样，无从考证。不过，问题的关键在于，像洛克那样的启蒙学者讲这些的时候，目的更在于说明人法或者政府制定

的法律，以及政府使用人法规定的权力，最终是为了保护自然权利。[239] 这是说，在远古的自然状态社会里，人人都有最基本的自然权利，只是由于上面说过的某些不方便，人们出于利益的思考即为了保住自己的自由、生命和财产的权利，才决定签订“社会契约 ”，把社会的立法权力交给一个政府。而且，人们希望这样的人法能够符合体现理性的自然法，只有这样体现了，自然权利才是安全的。从另外一个角度来说，政府制定的法律的目的必须在于保护自然权利，必须符合自然法，否则，就违背了人们订立“社会契约”的初衷。

059　对抗人法的理由

把上面几个小节讲的东西梳理一下，启蒙学者的“用意”便会暴露无遗。

首先，人人都是有理性的，都会具有正常的道德观念，知道不应该偷东西、凡事要讲信义、借东西要还、尊重别人自由。这有如宇宙万物中的自然法则一样，是人类社会中的自然法。试问，人类制定的法律怎能违反它？其次，通过理性的自然法，谁都能发现人人都有一些天赋的权利，谁也不会否认在正常情况下人有自由、生命和财产的权利。如果没有这些权利，人就不会存在了，社会也就不会存在了，人类制定的法律当然不能剥夺它们。最后，就从制定法律的权力本身来讲，它也是来自“社会契约”的授权。在日常生活中，总能发现人们为了解决矛盾去找一个第三方来评理论道。而让他来裁断，就是授权给他，让他提出一个公平的解决方案。如此看来，立法权力也是来自所有个人的授权，授权的意思正在于叫它依照自然法的理性制定公平的人法，而人法再和自然法以及自然权利相互冲突，这就没有任何理由了。

反过来看，如果人法真的不顾自然法，肆意“践踏”人的自然权利，忘记“社会契约”的初衷，人人也就具有了正当的对抗理由。这便是洛克这些启蒙学者的“用意”所在。

洛克宣布：

处在社会中的人的自由，就是除经人们同意在国家内所建立的立法权以外，不受其他任何立法权的支配；除了立法机关根据对它的委托所制定的法律以外，不受任何意志的统辖或任何法律的约束。[240]

由此完全可以得出这样的讲法：

人们参加社会的理由在于保护他们的财产；他们选择一个立法机关并授予权利的目的，是希望由此可以制定法律、树立准则，以保卫社会一切成员的财产，限制社会各部分和各成员的权力并调节他们之间的统辖权。因为决不能设想，社会的意志是要使立法机关享有权力来破坏每个人想通过参加社会而取得的东西，以及人民为之使自己受制于他们自己选任的立法者的东西；所以当立法者们图谋夺取和破坏人民的财产或贬低他们的地位使其处于专断权力下的奴役状态时，立法者们就使自己与人民处于战争状态，人民因此就无须再予服从。[241]

虽然洛克没有怎么提到上帝或者神之类的东西，但是我想，安提戈涅如果听到这番话，是会非常赞同的。

小　结

启蒙学者，尤其像洛克那样的启蒙学者，用自己理解的一整套“自然法”“自然权利”“社会契约”的宏大理论，为安提戈涅那样的“反叛人物”找出了许多行动理由。在这样理解的宏大理论的支撑下，人们似乎

发现了反对人法的坚实根据。这样，在人法面前，不仅古代有神论的信奉者安提戈涅可以理直气壮，而且近代无神论的支持者也可以振振有词。

第七章　自然法、自然权利和社会契约的另外一种解释

在安提戈涅的故事里，我们设想过克瑞翁批评安提戈涅的一个理由：对所谓的人法之外的另外一种“法”可以作出不同的解释。[242]现在，把克瑞翁的批评放在这里是再恰当不过了。因为，就自然法和自然权利这些东西而言，其他人可以，而且启蒙时期的另外一些人也的确作出了不同于洛克那样的解释，从而得出了另外一些结论。这里的说明是十分重要的。需要注意，即使是特别赞同“自然法”“自然权利”和“社会契约”这些词汇，依然可以得出和洛克的法律思想相反的结论。换句话说，就算是接受了那些词汇，同样可以得出不仅不能和人法“势不两立”，而且似乎要奉人法为唯一“标准的法律”的结论。

060　自然法和自然权利=自利自爱

格劳秀斯讲到，自然法是人们理性的一种表现；通过自然法，可以明确地看到人们如何知道“尊重别人的财产”“订立了契约就要信守承诺”之类的道义信条。这是在说，人天生就懂得一些道德的基本规范。格劳秀斯和洛克以为，所以要这样理解问题，是因为人人都有那么一些自然权利，人人都要尊重别人的自然权利。

但是，另外一番解释或许让人听来是更有道理的。我们可以这样讲，如果谁都“不尊重别人的财产”或者“订立了契约不信守承诺”，那么人与人之间就只剩下侵害和欺骗了，结果对任何人都没有好处。于是，明智的人出于功利的算计就会尊重别人的财产，尊重别人的自由以及信守承诺，因为，这样一来最终对自己也是有好处的。此处的意

思是说：出于自利自爱的目的，我们依然可以像格劳秀斯和洛克讲的那样遵守道德的基本规范。这般看来，自然法的深一层的“目的”倒在于自利自爱，而不在于要尊重别人的自然权利。或者说，自然法的深一层的法则正是在于人人都有一份“私心 ”，这份 “私心 ”要比道德的基本规范更为原始、更为真实。

那么，“私心”是从哪来的？这个问题就涉及人的欲望和意志了。人都是自私的，都想获取到自己想要的东西，这源于人本身的需要。

其实，把这种自私的需要往极端的方向想一下，我们就得到了同样是启蒙思想家的另外一些人的另外一类说明。荷兰哲学家斯宾诺莎说，把“私心”再往深层想一步，就可以清楚地觉察，在远古自然状态中的人个个都是“欲壑难填”的，他们被欲望和意志“充塞”着和驱使着，并没有什么所谓的良心恻隐，更谈不上冠冕堂皇的“尊重别人的自然权利”了。“并不是一切人都是生来就依理智的规律而行；适得其反，人人都是生而愚昧的……”[243]

……鱼是天造地设地在水中游泳，大鱼吞小鱼；因此之故，鱼在水中快乐，大鱼有最大的天赋之权吞小鱼… …每个个体应竭力以保存其自身，不顾一切，只有自己，这是自然的最高的律法与权利。所以每个个体都有这样的最高的律法与权利，那就是，按照其天然的条件以生存与活动。[244]

讲到这里，斯宾诺莎把自然法和自然权利的内容转换成来自私心的“大鱼吃小鱼，小鱼吃虾米 ”，并且以为，这才是天经地义的自然法和自然权利。

说起来，霍布斯在这个思路上是有过之而无不及的。他讲，在远古的自然状态中，人对人是像狼一样的，在那个时期可以看到“人对每一个人的战争 ”。[245] 因为人的生性就是喜欢竞争、猜疑和荣誉，这

种喜好使人十分贪婪。[246]霍布斯补充提到，人们如果不相信这一点的话，就可以注意一下，就连现在的人——外出旅行时，他会要带上武器并设法结伴而行；就寝时，他会要把门拴上；甚至就在屋子里面，也要把箱子锁上。他做这一切时，自己分明知道有法律和武装的官员来惩办使他遭受伤害的一切行为。试问他带上武器旅行时对自己的国人是什么看法？把门闩起来的时候对同胞们是什么看法？把箱子锁起来时对自己的子女仆人是什么看法？[247]

这不正好说明人性本身是什么样子？

斯宾诺莎和霍布斯都在主张“残酷”这个概念，而“残酷”又是根植于人的私心欲望和意志，或说是极端的自利自爱。他们在指出，要想发现自然法和自然权利，就只能在“充满斗争”的远古历史中挖掘探寻，而不能在所谓的“充满温情”的道德良心中思考根据。

这里，我们可以看到，同样是使用“自然法”和“自然权利”这些语汇，可是从不同的思路出发却会得出不同的解释结论；即使大家都在使用一个“理性”的字词，然而甚至可以从针锋相对的意义上主张自己的概念。

061　交出全部权利的社会契约

但是，在斯宾诺莎和霍布斯的思路中，通过自利自爱这个基本出发点，还可以得到一条关于普遍人性的逻辑结论。这个结论是，“凡人断为有利的，他必不会等闲视之，除非是希望获得更大的好处，或是出于害怕更大的祸患；人也不会忍受祸患，除非是为避免更大的祸患，或获得更大的好处。也就是说，人人是会两利相权取其大，两害相权取其轻”。[248]这意味着，人又不会没有理智地“自我毁灭”。

其实，正常的人都会知道，如果想“制止相互侵害的共同权力，以便保障大家能通过自己的辛劳和土地的丰产为生并生活得很满意，那就只有一条道路— —把大家所有的权力和力量付托给某一个人或一个能通过多数的意见把大家的意志化为一个意志的多人组成的集体”。[249]

这样转来转去，在斯宾诺莎和霍布斯的理论中，出于另外一类理性的权衡，人们发现交出自己的权利去签订一个“社会契约 ”，进而组成一个政府或者国家，要比在自然状态里弱肉强食来得更为可取。于是，大家便坐下来“讨价还价 ”，商量如何订立一个“社会契约 ”，如何授权一个政府制定法律和执行法律。这样，人们经过“另外一条思路”又来到了“社会契约”的面前。追随霍布斯思想的德国法学家普芬道夫（Samuel Pufendorf）接着说，为了避免“鱼死网破”式的社会崩溃，人们将不得不考虑签订两份社会契约。一份是个人与个人之间的，一份是所有个人和政府之间的。第一份是为了放弃野蛮的“人对人像狼一样的战争 ”；第二份则是为了授权政府，使其有一个有根有据的统治权力[250]。

现在，我们再讨论一下契约本身的问题。

在前面第058小节，提到过一个甲与乙的房屋管理契约。在那个契约里，甲把自己的房屋和花园的管理权委托给了乙，乙为了获得管理费，自然要尽职尽责；而甲为了有人管理自己的物业，自然要付出一笔费用。这类契约的一个独特之处，就是甲虽然交出了管理权，可是自己却依然具有所有权。正是基于这个特点，乙在管理的过程中始终都要尊重甲的所有权，绝对不能有损甚至破坏这个权利。由这类“私”契约联想到社会契约，就会以为社会中的每个个人只是把自己的一部分权利交给了政府，同时每个个人保留了最基本的自然权利。

可是，有一类“私”契约和上述私契约是不一样的。假如甲和乙签订的不是房屋管理契约，而是房屋买卖契约，这就是，甲把房子和花园卖给乙而不是交由他管理，那么，一旦交易成功，甲对房屋和花园就再也没有任何权利了，权利就全部转移到乙的手中了。如果甲还想使用这套房子，还想在花园里散步，就要经过乙的同意或者向乙租借房屋。显然，在房子的问题上，甲只能尊重乙的意见，因为他已经将房子上的所有权利转移给了乙。

那么，既然在私领域里是可以出现这类契约的，为什么在公领域里就不能出现？为什么在社会契约里，就不会出现把所有权利和权力都交给代表政府的一个人或者多个人？霍布斯的确设想，这也是应该可以的。他说：

一个人转让任何权利时，就是将他权力范围内的享受权利的手段转让了。比如卖地的人就把地面上所生长的牧草和其他一切都转让了。出售水磨的人也不能将推磨的溪流引走。将政府主权给予他人的人就是让他有权征税养兵、设官司法。[251]

所以，就社会契约而言，“在别人也愿意这样做的条件下，当一个人为了和平与自卫的目的认为必要时，会自愿放弃这种对一切事物的权利……”[252]换句话说，正像甲在房屋买卖契约中自愿将所有权彻底转交给乙一样，在社会契约里，所有人在认为是必要的时候，都会自愿地把所有自然权利交出来。

062　顺从人法的理由

这里，我们顺着霍布斯的意思再往下讨论。

假设每个人的确都认为躲避自然状态里的“自相残杀”是必要的，而且，经过“两害相权取其轻”的精密算计，发现这是无法回避的较佳

选择，那么，人人都会坐在一起签订一个个交出所有自然权利的“社会契约”。于是，符合逻辑的事情，就是政府或者国家获得了绝对的法律权力，而每一个参与社会契约的人，也必须顺从政府或者国家制定的所有法律。

但是，为什么签订社会契约的人一定会自愿地把一切权利交出来？为什么他们不会像洛克讲的那样，只自愿地交出一部分权利？就算考虑了“两害相权取其轻”，也不意味着一定要让政府享有特别的绝对权威。

在房屋买卖契约中，甲至少可以采取两种方式巧妙地保留自己的部分权利：第一，他可以仅仅转让一部分的房子。假如有一个两层的小楼房，完全可以把一层卖出去，而自己留下一层，这样的话，就不至于在想住这里的房子的时候非要得到乙的同意；第二，他可以附加一个条件，说在什么什么情况下房屋才转让给乙，比如，要求乙在1年的时间里极其负责任地看守房屋，乙若认真地这么做了，甲才把房屋卖给他。在这里，甲仍然可以留下自己权利的“最后手段”，不让乙控制所有的权利（权力）。

通过这个类比的例子可以联想到，所有签订“社会契约”的人都可以在权利上“留下一个手段”；如果的确有个“自愿”的问题，那么，他们更可以而且也应该保留自己的退路。所以，看不出来，从所有签约人的“自愿”心态那里能够引出一个必然交出所有自然权利的结论。既然不会而且也不应该交出所有的自然权利，政府也就不能够有“不受控制”的权威；而签订社会契约的人，有的时候也就可以具有反抗的权力了。

其实，针对这个相反的思路，霍布斯这样的思想家另外还有一套对付的论证方法。就像前面说的，他们特别强调人是自私自利的。在他们的眼里，人是没有道德上的自觉性的，因此，一旦没有一个强有

力的威权在一个地方震慑着，人是绝对不会遵守秩序的。霍布斯提醒人们注意：

没有有形的力量使人们畏服，并以刑法之威约束他们履行信约和遵守……自然法时，这种战争状况（即人对人像狼一样的战争）便是人类自然激情的必然结果。[253]

没有武力，信约便只是一纸空文，完全没有力量使人们得到安全保障。[254]

从这个前提出发，霍布斯的意思是想指出，人们不应该怀疑政府应该握有绝对的“不受约束”的统治权力。在这里，对比一下洛克的人性观点，便可以清晰地看出人性观和政府绝对权力的某种逻辑关系。洛克对人的看法比较“正面”，以为人不仅生来就有自然权利和理性，而且大体上具有和善友好的本性。他竭力推崇英国16世纪神学家胡克（Richard Hooker）的一句话：“相同的自然动机使人们知道有爱人和爱己的同样的责任… …”[255]有了这样一个人性论，再加上另外一种解释的天赋权利说和理性说，自然就容易倾向于不给政府绝对的统治权力。而霍布斯一定要把远古时代的人比作狼，说他们贪婪残酷；这就会使他必然地相信统治“只能是绝对权力的统治”。[256]

而从自私自利的算计角度来说，人既然能够在“两害相权取其轻”的思考下选择社会契约，当然也能够明白授予政府绝对权力并且服从它，可以卓有成效地抑制“人对人像狼一样的战争”，从而绕来绕去对自己又是有利而无害的。进一步说，人们都会意识到，假如每个人可以对抗政府的重要统治形式——法律治理，那么，政府也就没有绝对的权威，而没有绝对的权威，人又会暴露出本性，并且最终不可避免地大家又回到了远古的“狼群”生活。

所以，必须要顺从人法。

但是，就算霍布斯的思路大致上是说得过去的，我们还是可以提出一个针锋相对的问题：政府中掌握权力的人也是人，运用法律治理的统治者同样是人，为什么对其他人就要严厉地管制，而对政府就要授予绝对的权力从而使其不受约束？政府里的人也是自私自利的，霍布斯怎么对他们就那么放心？他们在自私自利的驱使下，由于掌握了绝对的权力岂不是更会使得人类社会更为贪婪？对这个问题，霍布斯恐怕是没有怎么思考过的。其实，即使是思考过，他也实在难以给出一个令人信服的解释说明。而如果政府里的人也是靠不住的，那么，怎么可能让人相信他们可以卓有成效地抑制像狼一样的人间战争，并且授予他们绝对的权力？在这种情况下，出于自私自利的算计，人们倒是应该继续保留对抗人法的权利才对。

除了“自愿奉献所有权利”和“人性恶”这两个理由之外，霍布斯这样的学者还给出了一些其他理由[257]来说明为什么要顺从人法。其中一个较为重要的是：

由于按约建立国家后，每一个臣民便都是按约建立的主权者一切行为与裁断的授权者，所以就可以得出一个推论：主权者所做的任何事情对任何臣民都不可能构成侵害，而臣民中任何人也没有理由控告他不义，因为一个人根据另一个人的授权做出任何事情时，在这一桩事情上不可能对授权者构成侵害。因此，抱怨主权者进行侵害的人就是抱怨自己所授权的事情，于是便不能控告别人而只能控告自己。甚至还不能控告自己进行侵害，因为一个人要对自己进行侵害是不可能的。[258]

这里的意思是讲，我们授予政府权力制定法律实施法律之后，再去抱怨或者批评，就等于是在对我们自己的授权行为抱怨或者批评，这是出尔反尔、自相矛盾的。

此话听起来似乎是正确的，但是仔细想想，又会觉得其中有些问题。霍布斯这样的人总是认定“授权”这个词的意义，我们就类比地看一个私领域里的“授权”例子，瞧瞧是否真有问题。

“授权”有时又叫作“委托 ”。每天接触民事商事活动的人会比较了解其中的意思。假如有一个人甲，自己无暇顾及许多事情，于是全权委托另外一个人乙处理所有的日常活动，并且写下白纸黑字的授权委托书，上面写着“本人对乙的一切所作所为均予以认可 ”，那么，一般来说乙做任何事情都应该不会引起甲的不愉快。但是，假如乙每件事都做得很令人满意而唯独一件事做得不好，这就是，把甲唯一一个住房卖了，使甲没有地方可住，那么，甲难道就没有理由对乙提出抱怨或者批评？人们肯定会说，甲再如何全权委托，也没有允许，也根本不会允许乙把自己唯一住处卖掉。

这就是问题了。乙即使被授予了处理各类事情的全权，也不意味着乙可以做一切事情，或者乙做了，甲不能提出抱怨或者批评。

当然，一般而言，乙是不大可能那么愚蠢或者那么“别有用心”的。当甲授权给他的时候，甲也估算着不会发生什么令他瞠目结舌的事情。可是，这些可能性总是不能彻底排除的。这样，似乎不能认为在甲向乙全权授权之后，乙不可能对甲构成侵害，而既然存在着可能，霍布斯的理论中的问题还是存在的。

回到政府身上，通常来看，它也不会像假设中的乙那样滥用授权。但是，在历史的许多事例中，人们又总是可以发现政府以法律之名的所作所为确实有的时候就像乙那样，侵害了社会契约— —如果真有的话— —的授权者的财产和生命。不然的话，我们为什么会发现许多社会里的的确确发生了统治者的腐败和被统治者的革命？这样说来，根据授权所做的事情，也有可能对授权者造成侵害。这一点，霍布斯自己有的时候都鬼使神差地不得不承认：

如果主权者命令某人（其判决虽然是合乎正义的）把自己杀死、杀伤、弄成残废或对来攻击他的人不予抵抗，或是命令他绝饮食、断呼吸、摒医药或放弃任何其他不用就活不下去的东西，这人就有自由不服从。[259]

小　结

虽然霍布斯等人的说法存在着这样或者那样的问题，可是，这些说法，是按照不同于洛克那些人的思路而自成一套的说法。我们至少可以发现，对“自然法”“自然权利”和“社会契约”之类的东西，只要激活足够的想象力，就能够作出不同甚至截然相反的解释说明。而不同甚至截然相反的解释说明，又会把人们的想法推向另外一条道路上：在任何情况下，应该顺从人法。

这对安提戈涅故事里的克瑞翁来讲，无疑是件令人兴奋的事情。克瑞翁的确不会想到，在近代，不仅不用担心来自“神”的挑战，而且不用担心来自世俗的所谓“自然法”“自然权利”和“社会契约”的挑战。他可以更有信心、更有理由地对安提戈涅说：不要再找任何借口了，遵守我的法令吧！不仅对“神”的法律可以作出不同的解释，而且对世俗的“自然法”“自然权利”和“社会契约”，也可以作出不同的解释，就像我们看到的洛克和霍布斯之间的不同一样，只有我的法令才是无可争议的！

第八章　坏的法律不是法律

安提戈涅对抗克瑞翁的法令当然是事出有因的，不过，她的“斗争策略”是用所谓高一级的法律来压抑所谓低一级的法律。西塞罗和阿奎那替她找出了一些理由，而且，为她和喜欢她的人提出了一个行动“纲领”：在人法和神法势不两立的时候，拒绝服从人法。[260]洛克以及赞同洛克思路的人除去了人法甚至自然法之上的神的光环，但也运用一套世俗的方式为人法设立了限制——自然法、自然权利和社会契约。

正像前面讲过的，安提戈涅不论怎样对抗，也没有极端地将克瑞翁的法令不叫作法律。这是说，在安提戈涅的“法律认识”中，克瑞翁法令的法律身份尚未受到价值上好坏的判断的影响。与此类似，洛克这些人即使强调自然法、自然权利之类的东西，也没有把自己认为不好的法律排除在法律家族之外。但是，西塞罗以及后来的一些人却与此不同。他们把法律的身份标准放在了“好坏”的价值判断上，将“坏的法律”推出了法律家族的大门，说它不是法律。而阿奎那则是躲躲闪闪、犹犹豫豫，一方面说它是，一方面又说它不是。

其实，将安提戈涅和洛克这类人的想法演绎一下，恐怕就可以接近西塞罗的思想观念。因为，在实践的活动中，既然可以对抗人的法律，就表明对抗人已经认为它没有“法律的效力”；没有法律的效力，自然也就认为它没有了法律的义务。这些想法再往前走一步，就可以达到这个结论：恶法不是法律，至少，可以像阿奎那那样，一会儿说是，一会儿说不是。

063　纳粹的恶法

1945年，在第二次世界大战就要结束的时候，希特勒手下的一名负责“围捕打击各类敌人”任务的盖世太保分子，仍然穷凶极恶地追杀犹太人以及保护犹太人的德国人。当时事情的经过是，通过别人告密，他获悉一对德国夫妇在家里藏匿了一名半犹太血统的妇女，便带领数名警察赶了过来。当他赶到的时候，半犹太妇女正在准备转移，那对夫妇也在准备迁居乡下。就在这时，他们的住处前门已经被封锁。丈夫见状从后门逃出，盖世太保分子举枪射击，丈夫倒在了血泊中。妻子和半犹太妇女则被押送到了集中营。没过几天，德国宣布无条件投降，这名妻子获得了自由，但是丈夫的死依然使她悲痛欲绝。

1951年，德国（西德）联邦最高法院开始审理各类与战犯有关的案件，以示正义。那位妻子在政府的鼓励下，像许多人一样走进了法院，状告盖世太保分子犯有故意杀人罪。可是，在法庭上，盖世太保分子说自己当时是执行公务，执行法律。他还提到1945年德国国会通过的紧急法令，说明自己杀人的法律理由——这部法令讲道：“每位德国武装人员，对各类逃犯，负有不经审判即射杀的义务。”他向死者的妻子表示歉意，但是否认犯有杀人罪。[261]

显然，如果承认纳粹德国的法令是法律，那么案子的审判将是十分困难的。于是，德国联邦法院首先从“法律的名分”入手，否认纳粹时期德国的法令是法律。法院指出，那些法令违反了人类最基本的正义，根本不能成为任何行为的法律理由；任何有良知的人，都不会执行这样的法令。盖世太保分子的辩护理由就这么被驳回了。[262]

无独有偶，1949年，德国（西德）班贝格上诉法院审理了一起告密者案件。在那个案子中，也涉及了纳粹德国法律的“邪恶”问题。被告是名妇女，在1944年她出于险恶目的陷害当时正在军队服役的丈夫，向盖世太保密告丈夫如何在家里对希特勒发泄言论不满。结果，

她丈夫让盖世太保抓去了，判了死刑。但是丈夫的死刑由于偶然的缘故没有执行。到了1949年，死里逃生的丈夫将妻子起诉到了法院。这个妻子也像上面一个案子里的盖世太保分子那样强调纳粹德国时期的法令是自己行为的理由，她当时所干的一切都是有法律根据的。那个时候的纳粹法律规定，任何人有义务告发污蔑诽谤国家领袖的行为。但是，班贝格上诉法院同样类似地宣布这位妻子罪名成立，而纳粹那个时期的法令本身就违反了人类的正义良知。[263]

我们当然可以作出这样的估计：像纳粹这类极端恶劣的法律在历史中想必也是存在过的。所以，西塞罗早在古罗马时期就曾经断言：

毫无疑问，法律的制定是为了保障公民的福祉、国家的繁昌和人们的安宁而幸福的生活；那些首先通过这类法规的人曾经向人民宣布，他们将提议和制定这样的法规，只要被人民赞成和接受，人民便可生活在荣耀和幸福之中。显然，他们便把这样制定和通过的条规称作法律。由此可以看出，当那些违背自己的诺言和声明，给人民制定有害的、不公正的法规的人立法时，他们什么都可以制定，只不过不是法律。阐释“法律”（lex）这一术语本身可以清楚地看出，它包含有公正、正确地进行选择（legere）的意思。[264]

稍后的圣奥古斯丁也是明确地指出：不公道以及邪恶的“法律不能称之为法律”。[265]

像西塞罗和奥古斯丁这样的观点是十分大胆的。这意味着，就算国家或者政府正式颁布了规则一类的东西，它也可能被别人宣布为不是法律。而且，别人在宣布的时候，可以以自己认为的“公道”“公平”“邪恶”之类的主观价值判断作为唯一的判断标准。这样的结果，要比安提戈涅的用高一级的东西对抗低一级的东西来得更为严重。在安提戈涅那里，她还有一个“权衡”和“内心冲突”——遵守克瑞翁的法令还

是遵守神法——的问题，在西塞罗和奥古斯丁那里，权衡和冲突也不存在了，他们已经是彻底的“裁判法律者”了。

有意思的是，阿奎那有的时候和西塞罗以及奥古斯丁一样坚决地对恶法采取了否定的态度，可是有的时候又表现了一种犹豫不定：

暴戾的法律既然不以健全的论断为依据，严格地和真正地说来就根本不是法律，而宁可说是法律的一种滥用。[266]

只要人法按照真正的理性办理，它便具有法的性质；在这方面，显然可以看出它是从永恒法产生的。只要它违背理性，它就被称为非正义的法律，并且不是具有法的性质而是具有暴力的性质。[267]

但是，只要它考虑到公民的福利，它就具有法律的性质。因此，只要它是某一位当权者对他的臣民下达的命令，只要它的目的在于使那些臣民充分服从法律，它就和法律发生关系。这种服从对于那些臣民是有好处的，但这并不是绝对的，只有就他们生活于其下的那个政权来说是如此。[268]

即使是一种非正义的法律，只要它通过它同立法者的权威的关系而保持着法的外貌，在这方面就是从永恒法产生的。[269]

阿奎那在这些字句中为什么会这样犹犹豫豫，我们实在是无从揣摩。不过，他是一个深思熟虑的经院哲学家，在哲学史那里都是一个不能忽略不计的重要人物，所以，在他的其他话语中必定能发现其中的奥妙。在下面第066小节，我们回过头来再说这一点。

064　法律的内容和形式的好坏

在西塞罗、奥古斯丁和阿奎那的措辞中，可以看到，他们主要是围绕着法律实体内容的好坏来对恶法进行批评的，并没有涉及法律形式外表的问题。实体内容一般讲的是“你要做什么”“我要做什么”“你可以或者我可以做什么”之类的问题，这涉及权利或者义务，像在前面的纳粹德国法律规定“每位德国武装人员，对各类逃犯，负有不经审判即射杀的义务”，就是如此。西塞罗他们是在谈论这一类东西的好坏。

可是，法律有的时候还有一个形式外表好坏的问题。在这里，形式外表主要是指法律一般程序的问题。举个例子，如果纳粹德国这条所谓的法律规定不是公开宣布的，而是秘密传达的，那么，“公开”与“秘密”之间就存在着一个明显的区别，一般人的看法是前者恐怕要比后者好一些。为什么？因为，假如公开宣布了，那些犹太人或者想帮助犹太人的人起码能知道在什么情况下盖世太保会开枪杀人，从而知道如何躲避。而秘密传达的结果则是他们根本无法知道将会发生什么，从而无法躲避。换句话说，即使内容是恶劣的，明确地告诉别人与让别人毫无所知依然是有区别的，而且前者属于坏，后者则是坏中更坏。

这里还有一个许多人知道的真实例子。1943年，纳粹德国的确在纳粹分子圈子中秘密传达了一个有关宣扬对德国领袖不敬言词的人如何处置的内容。当时，一般百姓对此无一知晓。1944年，有个叫冯·德伦的新闻记者，看到第三帝国逐渐衰落下去，日渐对希特勒和戈培尔等人产生了不满。在报社，冯·德伦有的时候见人就发牢骚，甚至指名道姓说希特勒尤其是戈培尔的蛊惑言论将德国人引入了死亡之路。没过多久，冯·德伦消失了，谁也不知道他去了哪里。第二次世界大战结束后，人们在盖世太保的“政治危险人物”花名册上找到了冯·德伦的名字，在名字下面注有一行说明：“依有关秘密法律处决。”我们是否可以认为，一个规则在形式上出现了问题，就有理由大胆地说它不是法

律？恐怕可以。法律必须公开，从而叫人们知道怎样行为。真是这样了，即使内容是邪恶的，也算是给冯·德伦那样的人留下了一个保护自己的最基本的权利。

再看一种情况。假设在上一小节说的告密者案和前一小段的冯·德伦案里，纳粹的法律规定，对于一切向帝国领袖发表不敬言词的行为予以处罚，这类行为不仅包括现在和将来发生的行为，而且包括以前发生过的行为。这样的话，法律形式外表的问题就会更为严重。对法律原理稍微有些了解的人都知道，这里存在一个"溯及既往"的问题。法律怎能处理过去发生的事情？处理过去发生的行为，对当事人岂不是特别不公平？因为，那时候的当事人完全不知道这样做在法律上到底是对还是不对。制定法律的时候起码要公开才是，让人死的时候也是清楚明白的。现在，法律规定的处罚本身已经是非常糟糕的了，剥夺了民众的言论自由，再加上对以前的言论一律惩处，则更是不公正了。而且，民众根本难以想象自己现在的行为将来是不是合法的，是不是会受到将来法律的处罚，他们将终日提心吊胆，无所适从。反过来，如果只是对现在和将来的"不敬言词"予以处罚，那么，不仅过去的民众总算是躲过了一难，而且现在的民众也知道如何才能躲过"迫害"。

再看第三种情况。假如某一日，纳粹德国的法令规定"公民享有对政府提意见的权利，即使言辞激烈也不予追究责任"，但是不到三个星期，规定"只要对政府有言辞激烈的地方，即予以处罚"，又过两个星期，规定"只要是提意见便一律处以死刑"，那么，法律规定不断变化的结果不仅是严厉地剥夺了公民言论自由的权利，而且使公民感到"风声鹤唳"，不知自己的命运明日将是何种结局。所以，美国政治哲学家罗尔斯（John Rawls）说：

……即使在法律和制度不正义的情况下，前后一致地实行它们也还是要比反复无常好一些。这样，那些受制于它们的人至少知道它们所要求的是什么，因而可以尝试着保护自己，相反，如果那些已经受害的人们在某些规范可能给予他们某种保障的特殊情况下，还要受到任意专横的对待，那就是一种甚至更大的不正义了。[270]

通过观察上面三种假设的情况，法律形式外表的重要便一目了然了。

正是由于在这种外表上也存在一个“正义邪恶”的问题，而这方面的邪恶绝不亚于内容的邪恶，有人便直截了当地认为：“只要是任意地挥舞权力，无论和它所依据的东西关系多么密切，也不论它是否合乎人为定义的词语，都是和一般的法律观念截然对立的。”[271] 美国法学家富勒则提出了法律形式外表的8个必要条件。他以为，只要没有满足其中的任何一个，那么，就不只是法律制度的好坏问题，而是根本不能叫作法律的问题。[272] 这8个必要条件是：

（1）必须具有普遍性，可以反复并且前后一致地运用于具体情形；

（2）必须公之于众，至少要让受到规则约束的人知道；

（3）绝对不能适用于过去发生的事情，对已经发生的事情只能根据过去已经制定的规则加以处理，这叫作不溯及既往；

（4）应该明确易懂；

（5）绝对不能前后矛盾；

（6）要求的事情应该是可以去做的事情，不能强迫去做没有能力去做的；

（7）不得朝令夕改；

（8）在政府一方要言而有信、言行一致。[273]

富勒提出这样8个条件的时候，正值第二次世界大战后人们为纳粹法律的“法律资格”而展开激烈争论。虽然当时的德国法院，在上述一类“盖世太保围捕案”和“告密者案”中早已是断然拒绝了纳粹法律的身份资格，可是，总有一些法律学者——被人们叫作法律实证主义者——依然说那是法律，只不过是恶法而已。[274] 身为哈佛法学院教授的富勒便站出来要为当时的德国法院进行辩护。

也许有人会提出这样的问题：为什么富勒仅仅提到法律形式外表的问题，不去涉及法律实体内容的邪恶，像西塞罗、奥古斯丁那样关心内容上的正义？这里只能略微提到一句，那个时候的西方学者大多对伦理道德方面的问题持一种相对主义的态度。这是说，他们大多以为，实体内容的正义、公平、邪恶之类的东西总会是见仁见智的，在这方面争论是没有意义的。说纳粹分子的所作所为是绝对错误的，可是1930、1940年代的德国人却认为是正确的；说剥削雇员的剩余价值是不公平的，可是过去直到现在都有人认为这是从自愿交易（签订雇工契约）而来的正当结果，就连许多身为雇员的人也不认为这种“剥削”是不应该的。从不同的时代、不同的国家民族、不同的利益选择看待正义公平的问题，总会提出不同甚至针锋相对的观点。所以，富勒设想，在法律上，纠缠实体内容可能收效甚微，而从形式外表出发则可以有所突破。当然，他有的时候也提到过，如果一个立法者为了不可告人的自私目的制定法律，这名立法者自然不大可能使其立法的词句清清楚楚。实体内容有问题的时候，形式外表也会出现问题的；反过来，形式外表无可指摘，实体内容也会大致是合理正义的。[275]

065　“恶法非法”一说的理论困境

在上面两个小节，我们看到，法律实体内容和形式外表的“恶”都会引来法律资格的彻底否定。可是，这样一个否定的结果，又将会引起一些理论与实践上的难题。

先看理论。如果观察到一个人们通常叫作“法律”的东西，其不仅内容上是“邪恶”的，而且形式上也是“邪恶”的（比如秘密传达并且溯及既往），最后人们将其法律家族的成员资格予以取消，那么，在研究法律现象的时候，我们就会认为它不是法律因而没有必要去对它进行解释；在分析法律的一般特点的时候，也会将这一“个案”忽略不计。可是，假如人们没有一个统一的认识标准，或者不可能遵循一个统一标准来确定什么是“邪恶”，而只是根据自己的价值判断，那么，后果可能是：许多被日常生活称为法律的东西将被排除在“法律家族”之外。最后只有那么几个可以称为“法律”的“法律现象”保留了自己的法律身份。因为，毕竟“好与不好”是个见仁见智的问题，一个法律在一些人看来是很好的，而在另外一些人看来则可能是很坏的。

这些不同，甚至对立的看法，表明对大多数人们所说的“法律”都存在争议。既然差不多都是有争议的，就实在看不出还能剩下多少没有争议的“法律现象”，而既然没有多少东西可以称作“法律”，法律理论的研究到底还有什么意义?

另一方面，运用“好与不好”的观念来确定一个法律的实在性，似乎和人们日常生活的语言习惯颇为不协调。一般来说，在实际生活中，我们大体会认为一种事物或者现象的存在与它的好坏是两个方面的问题，会把这两个方面分开加以思考和研究。自然界中可以看到太阳、月亮、动物、花草、风雪、严寒、温暖等事物或者现象，这些事物和现象是实际存在的。不管人们是否喜爱，它们都不会因此而得到或者失去自己的存在；因为，它们的存在不依赖我们的主观爱好而转移。我们可以一边客观地讲述它们是否存在，一边对它们谈论我们自

己的主观好恶，比如，太阳很美而月亮是不太美的，有些动物花草可爱动人而有些粗俗丑陋，我们喜欢温暖而厌烦严寒。当思考它们的存在的时候，并不影响我们对其作出价值判断；反过来说，同样如此，当我们思考它们的价值的时候，并不影响我们对其作出事实判断。在社会中，可以看到建筑、服饰、国家、宗教、道德、人们之间的相互关系等事物或者现象，这些东西也是实际存在的。我们可以对它们发表意见，可以赞美或者批评，可以拥护或者反对，然而再如何我们依然可以在对它们作出事实判断的时候不作价值判断，也可以在它们已经存在的时候，对其作出价值判断，表达我们的喜怒哀乐。

这意味着，在日常生活的语言表述中，事实陈述和价值陈述是两种不同的陈述。“外面正在下雨 ”“那幢房子已经倒塌 ”“这个动物已经死亡 ”，是一些有关事实的陈述。“下雨让人感觉不悦 ”“那幢房屋令人怀念 ”“这个动物该死 ”，是一些有关价值的陈述。不论我们的价值陈述是怎样的，都不影响用客观的事实观察的方法证实上述事实陈述的真假。所以，“恶法非法”的讲法，实际上又混淆了事实判断与价值判断的关系，用价值判断替换了事实判断；同时，没有清晰分辨事实陈述和价值陈述的语言性质。

066　“恶法非法”一说的实践困境

再说实践。认定了一个东西不是法律，就会认为它不具有法律的约束力，而认为它不具有约束力，就会对其加以否定。这种否定的结果，自然是动摇了社会的“秩序安定 ”。这一点，我们在前面已经多次地提到过。为了进一步说明这里的问题，再看一个例子。

各种媒体曾经大量地报道过，大约在1940年代后期，一个罪恶累累的前纳粹分子艾希曼隐姓埋名躲到了阿根廷。在第二次世界大战的时候，他在一个所谓的“艾希曼服务所”做官，经他一手策划，大概600

万犹太人惨死于集中营。然而，死里逃生的人终于发现了他的踪迹并且追踪到了阿根廷。以色列政府极为支持当年的受害人追捕艾希曼，协助他们设下圈套，将艾希曼诱骗到了以色列。说来，这是一件大好事，追缉漏网的纳粹分子是伸张正义。可是，阿根廷政府表达了不满。它说，以色列居然在阿根廷的境内诱捕犯人，全然不顾阿根廷政府的管辖主权，随后，要求以色列将艾希曼押回阿根廷再谈审判的问题。以色列对此置若罔闻。阿根廷没有办法，只好要求联合国安理会讨论这一事件。它的代表声称：法律时常有可能和一般大众的道德情感相互矛盾，对道德“漠不关心”，然而尽管如此，它本身又是非常重要的，一旦允许特殊例外，法律最终形同虚设。以色列的代表则说：不管法律多么重要，当出现了非比寻常的道德理由的时候，就应该允许非比寻常的“破例”。1960年6月23日，安理会经过讨论之后，作出了支持阿根廷的决议：要求以色列对阿根廷赔礼道歉。

显然，从道德情感上说，支持当年的受害人是没有问题的，就连阿根廷政府对此也没有意见。可是，问题在于如果允许了破坏法律秩序，将来谁都以此为借口，法律秩序便会日趋脆弱、最终崩溃。以色列讲这是非比寻常的特殊情况，但是，谁来断定又以什么标准来断定一个行为是“非比寻常”的？有的时候，在一些人看来非常特殊的问题，而在另外一些人看来则可能是仅仅有些特殊，这时候怎么办？这里的困境不仅是国内法律秩序的危机，而且还有放纵本国人侵犯他国法律秩序的危险。

不论就法律的实体内容，还是就法律的形式外表来说，如果自立标准自行其是，国内和国际的法律秩序都会面临土崩瓦解的危险。

而正是因为存在这样一些实践上的困境，前面提到的阿奎那，在主张否定恶法的法律资格的时候才会犹犹豫豫，他说：推翻暴政，“严格地说来并不是叛乱；除非是可能发生这样的情况，即推翻暴政的行

动带有严重的纷扰，以致社会从继之而起的骚乱所受的损害比旧有统治的继续来得大”。[276]换句话讲，要在反抗恶法和保持社会秩序之间权衡一下，如果骚乱带来的损失太大了，就应该考虑维护恶法的法律秩序，毕竟“社会安定”是首要的价值。

小　结

我们总会遇到一些不好的法律。有的时候，一些恶法是让人无法忍受的。这是一件不奇怪的事情。可是，这是否就给人们一个理由认为坏的法律不是法律？西方有些学者干脆地回答了这个问题，认定它们肯定不是法律；而有些人则是犹犹豫豫。不论怎样，说恶法不是法律，既会引起一些理论上的困境，也会引起一些实践上的困境。

第九章　坏的法律也是法律

对于“恶法非法”这一理论困境的分析，自然会将人们的思路引向相反的主张——恶法亦法。我们前面提到的法律实证主义者正是这样思考问题的。

其实，提到“恶法亦法”，如同提到“恶人也是人”一样，在许多人看来是一件属于常识的事情。谁会认为恶人不是人？即使有的时候说“这人太恶了，简直不是人”，那也是一种特殊的修辞表达方式而已，其真实意思倒在于“这人不像人”而不是“这人不是人”。但是，也许因为法律对人们实在太重要了，所以，经过一些极端的自然法理论如西塞罗、奥古斯丁的理论的反调对抗，这件事情又使人觉得，不进一步澄清便无法让它回复到常识的层面上。

067　解释者和评论者

功利主义者边沁从理论的角度以为，主权者的命令就是法律，它当然存在好坏之分，但是，不论怎样不好，都要将它看作法律。换个说法，种族歧视、秘密杀人一类的一般性命令再恶劣，也必须把它们看做法律。因为，它们是政治上的统治者即主权者制定的，完全符合一般法律定义的要求。他颇为学术化地指出，在一个国家里一个规则是不是法律，这是一个法律定义分析的问题，应该由这个国家的法律体系所遵循的主权者命令规则来断定，而不应当纠缠什么好坏或者利弊之类的政治学或者伦理学的问题。他思路清晰地提醒我们注意：

可以把对法律问题发表意见的人分为两类：解释者和评论者。解释者的任务是向我们说明他所认识的法律是什么；评论者的任务则是向我们评述法律应当是怎样的。因此前者的任务主要是叙述或探讨事实；而后者的任务则是探讨理由。解释者在他的范围内所涉及的思维活动只是了解、记忆和判断；而评论者则由于他所评论的事情有时牵涉到那些喜欢与不喜欢的感情问题，所以要和感情打交道。法律是什么，在不同的国家中有差别而且差别很大……一个解释者要说明的是，立法者和他手下的法官已经做了什么；而评论者则建议说，立法者将来应当做什么。[277]

这是告诉我们，在谈论什么是法律以及法律的好坏的时候，要反省而且要摆正谈论者的谈论状态，在解释的时候就是解释，在评论的时候就是评论，不能混淆两者。

边沁在理论上将法律思想分为"说明性"的法律思想和"评论性"的法律思想，并且认为前一个解决的问题是"法律是什么"，而后一个解决的问题是"法律应当是什么"。[278]他将研究"法律是什么"的学问当作法律科学，相信在价值判断中立的立场上，完全可以解决"法律是什么"的问题。奥斯丁也是这样认为的，他说，"法律的存在是一回事，法律的功过则完全是另外一回事"。[279]"如果不考虑实在法或者严格意义上的法律的好坏，那么，法理学科学——或简称法理学——所关心的就是这些实在法或者严格意义上的法律"。[280]

到了后来的凯尔森，同样是类似地提道：

法律作为"一门科学必须就其对象实际上是什么来加以叙述，而不是从某些特定的价值判断的观点来规定它应该如何或不应该如何。后者是一个政治上的问题，而作为政治上的问题，它和治理的艺术有关，是一个针对价值的活动，而不是一个针对现实的科学对象"。[281]

法律问题，作为一个科学问题，是社会技术问题，并不是一个道德问题。“具有法律性质的一定社会秩序是一个法律秩序”这一说法并不意味着从道德上来判断这一秩序是好的或正义的。有的法律秩序，从某种观点看是非正义的。法和正义是两个不同的概念。法与正义不同，是实在法。[282]

对边沁这些人的看法可以做如下的理解：法律是一种客观存在的社会现象，既可以对其作出事实判断，也可以对其作出价值判断，不论怎样对一个国家规则存在价值上的否定意见，都不能否认它的法律资格。假如有两个人发生了契约上的纠纷，双方都认为自己是有理由的，而法院根据一项主权者制定的明确规则作出判决，其中一人胜诉，那么，另外一个人即使对判决和这项规则再怎样的不满，也不能否认那是一个法律判决，不能否认主权者制定的规则是法律。与此相反，以往主张“恶法非法”的理论，不恰当地把法律和人类主观好恶以及主观臆想出来的某些事物联系起来，使得法律研究的对象模糊不清。

以“恶法亦法”方式来看法律，自然可以避免“恶法非法”一说的理论困境，不会因为人们的价值观念的好恶，从而不断减少可以观察的法律现象的数量。法学，似乎也就真有了某种意义。

对这里的观念应该有一个深一层的历史思想渊源的交代。区分“实际是什么”和“应当是什么”，在理论上讲，大致来自英国近代哲学家休谟的思想。在休谟那里，人类的知识领域被分为两个部分。一部分是有关事实的知识，这类知识的表述语句只涉及事实的真相是怎样的，其本身不是真便是假，像“外面正在下雨”“房屋已经倒塌”就属于这种表述语句，如果外面真是下雨了或者房屋的确倒塌了，这些表述就是真，否则就是假。另外一部分是有关价值的知识，这类知识的表述语句与事实没有关系，其涉及事情应该是怎样的，本身不存在真假

的问题，“下雨了令人厌烦”“房屋倒塌了让人伤感”之类的表述就属于这一类。休谟聪明地想到，不能因为事情的实际情况怎样就推断事情应该怎样；倒过来说，更不能因为想象事情应该怎样就以为事情实际怎样。假如外面正在下雨，不能异想天开地推断外面应该下雨；反过来，不能因为想象外面应该下雨从而妄言外面正在下雨。在“外面正在下雨”和“外面应该下雨”两个表述语句之间，没有必然的逻辑链条。休谟的这番逻辑清理，是在告诉我们必须区别“实际是什么”和“应当是什么”，存在是一回事，好坏是另外一回事。

其实，休谟本人并没有就此停止了讨论。他把他的分析推向了“规范”问题的领域。在他看来，一个允许买卖奴隶的规则是不是正当，用我们的逻辑理性思考根本不能得出判断，只能依靠欲望嗜好作出取舍。他说，这是因为“正当”问题是在价值判断里面转来转去的问题，而价值判断，不像西塞罗那些古人想象的那样可以依赖客观存在的理想理性加以把握，那种看不见摸不着的理想理性，本身就是属于子虚乌有的。实实在在摆在那里的只有千奇百怪的欲望与要求，以及由此而来的喜恶爱好。

如果真是这样，法律的好坏问题就只能是人们之间的喜恶问题。说不让堕胎的法律是好的，因为保护了幼小胎儿的生命权利；也可以说这法律是不好的，因为让怀孕妇女毫无选择的自由；还可以说这法律不好也不坏，因为在让妇女没有自由的时候让男人无法推卸自己对亲骨肉应负的责任。我们可以不断地讨论下去；而理性根本就无法解决这种纷争。

068　法律改革·“痛苦”选择·法官的职责

上一小节提到的学者的言论，是从理论的角度阐明“恶法亦法”一说如何才是无可怀疑的。现在，从实践的角度说说“恶法亦法”的理

由。

读者可以觉察，上面一章提到的“恶法非法”一说在实践上的困境，剪贴到这里就能够当作“恶法亦法”的部分理由，法律实证主义者也是不断地提到这个困境从而论证自己的观点。自然，主张“恶法亦法”观点的人还有其他根据，这些根据也是颇有说服力的。

早在古希腊，亚里士多德就提过：“法律也有好坏，或者是合乎正义或者是不合乎正义。”[283]“如所颁定的准则正确，法律也就正确；如若任意而行，也就是种坏法律。”[284]可是，公元前343年，亚里士多德像苏格拉底一样也被控有渎神罪，然而，他并不像后者那么视死如归，在第二年还没有开始审判之际早已逃往了欧卑亚岛。[285]这种“务实”的品性，或许是他即使谈到了法律的好坏，也不会否定“坏法是法”的一个缘由。不过，如果联系亚里士多德的其他观念，可以发现，这种“务实”似乎也是另有用意的。在亚里士多德的头脑里，法律不仅会有一些诸如不完善、有漏洞之类的小缺陷，而且会有一些伤天害理、贻害无穷的大缺陷。所以，对法律就要时常改革。[286]

把这里的思路理顺一下就是：法律存在好坏之分，正是因为存在“坏”的问题，所以法律就存在着一个不断改革的问题。

回过头来看一下“恶法非法”一说的结果。由于恶法根本就不是法律，这样，所有被称为“法律”的东西就是真正的法律了。这些法律，显然都成了正义的、公正的法律。既然所有法律只能是正义、公正的法律（非正义、非公正的东西不能叫作法律），那么，它本身完全不存在一个彻底改革的问题。说得“文化”一些，将道德性质当做法律的必要条件，便会使法律蒙上不应该具有的神圣色彩，势必形成法律改革的精神障碍。

边沁那样的学者相信，对一种事物作出价值判断，只能以对这种事物的一般性质和特征的了解作为基础。如果在观察它的一般性质和特征的同时就作出价值判断，便会使对象笼罩难以分析的主观迷雾。换句话说，如果不将知识性的判断与价值性的评价分开，就没办法把握有关事物的知识，无法进行这一事物的评价，更无从谈起它的改革。他们认为，分辨“实际是什么”和“应该是什么”，才能真正区别善法与恶法，才能在这个区别的基础上抛弃恶法。在后来的主张“恶法亦法”的人的言说里，时常可以听到英国1956年的《性犯罪条例》（English Sexual Offenses Act）的例子。在这个例子里，两个男人有同性恋行为被规定为一种犯罪。很多英国人恰恰是由于稳当地分开了知识判断和价值判断，才认为这是法律并且加以遵守，同时，清醒地指出它是侵犯个人自由道德的法律，从而慎重地要求对它进行改革。而根据“恶法非法”的看法，这个条例假如一旦被认为是法律，在人们心目中就不会存在对它进行改革的问题了。因为，人们极为可能下意识地以为，它已经符合了正义、公正的条件。

倒过来看这里的问题，也可以觉察“恶法非法”一说是不太合适的。我们肯定会发现许多国家的法律处于不断修改的状态，在那些国家里，从来不会有人认为法律改革就是法律的“从无到有”，也即原来没有正义公平所以没有法律，现在正义公平了所以有了法律。而所以要改革，恰恰是因为法律有了小缺陷或者大缺陷，而小缺陷、大缺陷都存在一个正义或者公正的问题。于是，只要看到了并且承认存在着法律改革，法律本身就存在一个好坏的问题。这般讲来，怎么能说“坏法不是法律”?

与此类似，坚持“恶法非法”，使坚持者也势必忽略一个十分重要的选择问题：究竟是选择秩序还是选择正义。因为，坚持者以为，一个东西被视为法律就必然被视为正义的法律，当然不会存在“选择”的问题。然而，即使是恶法，有的时候也和“秩序”这个价值存在着联

系，当人们对恶法各执己见的时候，这个价值就更为显得突出而又重要了。从个人的角度来说，看到恶法也是法律，就会清醒地分析秩序和正义这两样东西，从而更为慎重地考虑选择什么。反过来，固守“恶法非法 ”，就不可能清醒地分析，从而慎重地选择。

哈特指出，在苏格拉底的故事里，苏格拉底就是慎重地面对了这类选择。雅典法律对他来说是不公正的，而且他有条件和机会躲避不公正的后果，但是，他还是勇敢地面对了死亡。在他那里，就算法律是不公正的，也有服从它的义务。因为，不公正的法律也有法律的资格和效力；如果可以违反，社会秩序也就无从谈起了。而且，愿意生活在雅典这一行为本身，也意味着默认要遵守它的法律，这时候再违反就是“道义上的”自我矛盾。正是在苏格拉底的身上，我们不仅看到了秩序和正义，而且看到了正义和道义的“道德选择”的困境，而这些困境也是我们不应该视而不见的。[287]

在前面提到过的告密者案件里，同样包含着我们应该正视的“艰难”的选择问题：要么抛弃罪刑法定这一法治原则，要么抛弃公平正义这一道德原则。在那个案件里，告密者的行为在法律上合法（符合纳粹的法律），在道德上败坏。如果判决告密者犯有罪行，法院就会违背法治这个原则；如果不宣告告密者有罪，就会违背道德这个原则。而心平气和地看待这两个原则，就会发现它们都是重要的。这里还有另外一个问题。对待告密者，我们可以规定一个新的溯及既往的法律来惩罚她（以实现正义），正像许多人希望的那样。但是，假如我们可以作出这么一个决定，那么，我们就会面对另外一对“艰难”的选择：要么“溯及既往地惩罚”从而破坏罪刑法定原则，要么坚持罪刑法定原则从而不溯及既往。可以看到，“公平正义 ”“溯及既往地惩罚”和“罪刑法定”这三个选择都是重要的，都表明了可取的价值方向。如果承认了“恶法亦法”，就会冷静对待它们；如果仅仅认定了“恶法非

法 ”，便无从慎重地选择，便会丢掉另外的兴许更有价值的思考和选择。

哈特讲，上述这些价值和选择，“我们需要对之加以分别考虑，而断然拒绝承认恶法是有效的法律，无论出于什么目的，是不可能解决这些难题的”。[288]

此外，分辨“法律实际是什么”与“法律应该是什么 ”，对国家执法、司法过程中的官员来说太重要了。美国两百年前的联邦最高法院的大法官威尔逊（Justice James Wilson）明确地说：法律可以是非正义的、不明智的、危险的，也可以是有害的，然而这绝不表明法官宣布它们无效这一行为本身就是正当的。[289]如果一名法官对一项种族歧视的国家规则极为反感，在审判中以自己的道德理解来审判案件，坚决认为这项规则根本不是法律，那么，这等于是宣布自己对“正义”“公平 ”“自然法”一类的道德标准的理解是唯一正确的。而这样宣布是否有根据？如果没有根据，进一步看，以自己的道德理解作为审判标准就会引起十分严峻的“正当性”难题。因为，人们肯定会提出这样的看法：法官的职责是依照明确的规则审理纠纷，规则是另外一些人如立法者制定的，法官以自己的道德标准定夺案子就是暗中设立了规则，而谁也没有给予法官以暗中设立规则的权力，这样，法官就等于是在“僭越”立法权；而僭越权力当然又是不正当的。对法官自己来说，就算真的认为一个规则在道义上是不公平的，也应当先行辞去公职再去采取符合良心的行动才是。法官的社会角色，要求他必须遵守国家的规则。依照这种角度来看，在实践中，坚持 “恶法亦法”要比坚持 “恶法非法 ”来得清晰与合理。

难怪就连崇尚自然法和自然权利的美国独立战争年代的潘恩也说：

假使有一项坏的法律，那么，反对实施这项法律是一回事，去揭露它的过错，推论它的不当以及阐明为什么应该加以废除或为什么必须用另一项法律来代替，便完全是另一回事。

对于一项坏的法律，我一贯主张（也是我身体力行的）遵守，同时使用一切论据证明其错误，力求把它废除，这样做要比强行违犯这条法律来得好；因为违反坏的法律此风一开，也许会削弱法律的力量，并导致对那些好的法律肆意违犯。[290]

069　“法律实际是什么”与“法律应当是什么”在事实上和概念上的联系

主张“恶法亦法 ”，蕴涵着主张“法律实际是什么”与“法律应当是什么”没有必然的联系。反过来讲，主张“恶法非法 ”，则蕴涵着坚信两者存在着必然联系。这就引出一个问题：必然的意思究竟是什么?

先看美国历史上的一个小案。

1908年，一位从爱尔兰移民美国的女工，与美国俄勒冈州一家洗衣店的老板签订了一份雇佣合同。合同约定：女工每日工作时间为14小时，否则老板有权拒付工资。由于工时过长，这名女工身心憔悴，健康每况愈下。在实在无法忍受的情况下，女工终于向老板提出减少工时的要求。但是，老板断然拒绝了女工的要求。老板说：当时签订合同，双方完全是你情我愿的，我可没有逼着你在合同上签字！女工无奈，只好去俄勒冈州法院要求法官作出判决。女工起诉的一个重要法律理由是俄勒冈州政府已经颁布了一个项法律，其中规定了女工最长的劳动时间，而她与老板签订的合同明显违反了这项法律。然而，老板认为，俄勒冈州的法律违反了美国联邦最高法院以往一系列有关

契约自由的宪法性质的判决，那些判决，是根据美国联邦宪法契约自由条款而来的，因此，俄勒冈州的法律违宪了。

官司经过州法院以及联邦下级法院“两道审判工序”，叫女工与老板各有胜负。判决老板胜诉的理由是：以前也出现过有关女工劳动时间的类似案件，联邦最高法院都以契约绝对自由作为理由，判决其他女工必须遵守合同。

官司最后到了联邦最高法院的手里。开审那日，法官面前堆满了大量有关女工身体状况的资料。这些资料表明，由于工时过长，许多女工身体健康急剧下降，已经达到了惨不忍睹的境地。尤其是那些照片，显示女工个个面如菜色、体弱多病，甚至残废和无法生育。这一切仿佛都在向法官要求着：以欧洲中世纪骑士的胸怀和姿态，保护这些弱小的女人。

法官们思考着几个问题：虽然要尊重契约自由，但是，契约自由的目的最终是为了什么？宪法自然是为了尊重人们的各种权利，可是有什么理由可以让契约自由的权利彻底否定身体健康的权利？当人们没有了基本的健康，契约自由还有意义吗？宣判那天，法官终于义正辞严宣判：俄勒冈州政府的法令没有违宪，在减少工时的情况下，老板必须支付原数量的工资，女工胜诉！[291]

在这个案子里，法院的判决解决了“法律实际是什么”，但是其中显然又包含了“法律应当是什么”，因为，法院不仅考虑了法律的明确规定，而且考虑了法律的目的和“公平”。

在前面第006小节，我们设想过一个小案子。一个市政府颁布了一项规则：禁止一切机动车辆进入公园。后来，一个军人团体想把一辆老式战车放入公园以示纪念，但是遭到了公园管理人员的拒绝。管理人员说老式战车也是机动车，当然属于禁止之列。可是，法院假如真

要审理这个案子，总会思考一下政府制定这个规则的目的是什么。当人们想到“目的”的时候，会发现将老式战车放进公园并不会违反规则。因为，这个规则的目的是为了公园的清静和清洁，而老式战车放入后绝对不会引起噪音和污染。

这个例子也说明，在思考解释规则或者法律的时候，法院也完全可能考虑“应当是什么”的东西。

其实，如果认为所有的法律在放入具体的案子里的时候都无法避免解释说明，那么，在解释说明里融入解释者的“法律应当如何 ”，就是难以回避的。这就如同树苗在成长的过程中事实上根本无法离开水，非说水的滋润和树苗的成长没有必然的联系一样，当然让人觉得是难以接受的。所以，富勒说，每条法律规则都包含了要实现某个价值的目的，正是由于目的和价值之间存在着紧密的联系，这就必须将目的同时看成是判决案子的“依据和标准”。[292] 而既然目的上的考虑和价值上的考虑在法律解释和适用的时候简直是无所不在的，那么，在法律审判中，怎能坚持“法律实际是什么”和“法律应当是什么”这种二元论？ [293] 换句话说，“法律实际是什么”与“法律应当是什么”之间存在着一个必然的联系。

不过，那些主张两个东西之间没有必然联系的人，并不否认“应当如何”在事实上时常影响了“实际如何 ”。他们恐怕还能找出比富勒看到的还要多的例子讲明这点。不仅在法律解释说明中是如此，而且在立法的过程中同样是如此。比如，在美国宪法第五条修正案中就有这样的规定：“未经正当程序，… …不得剥夺任何人的生命、自由和财产。 ”“正当”本身就是一种道德准则。主张没有必然联系的人时常自觉地在别人还没有说出这个例子之前，自己就把它说了出来。这些主张“恶法亦法”的人的意思，是要否定两个东西之间的“概念上”的联系。这是说，在确定法律是什么的时候，“应当如何”那些东西不能成

为法律概念的一个必要因素。而“必要”在此也就是“必然”的意思。18世纪的英国学者布莱克斯通讲，人类的法律必须符合自然法，否则就失去了法律的资格。[294] 奥斯丁讲，只要出自主权者的一般命令，不管是否和自然法之类的东西相互吻合，都有法律的资格。[295] 对比这两个讲法，可以清楚地看到，前者就是讲了“应当如何”是法律概念的一个必要因素，而后者则是否定的态度。

英国学者西蒙兹（N.E. Simmonds）曾经说过，那些要求“法律实际如何”和“法律应当如何”没有必然联系的人，大体可以划归实证主义者的行列。西蒙兹要我们看到：

实证主义不否认法官有时判案参考了道德价值，或者考虑了社会政策。他们真正否定的是法官在确定法律是什么的时候必须作出价值判断。……由于原来的法律没有提供一个答案，法官只能在法律之外考虑办法判决案子。在这么做的时候，他是确立了一个新的法律规则。但是，使一个规则成为一个法律规则在于它是由法官确立的这个事实，而不在于它是以道德考虑为基础的那个事实。[296]

实证主义并不否认道德影响法律。显然，立法者常常出于道德信念而去立法，而法律在内容上一般来说也受到社会盛行的道德观念的影响。但是（根据实证主义），除非一项规则是以制定法或者判例那样的渊源形式制定的，否则它就不能成为法律。[297]

正像英国法学家哈特所说的：法律实证主义的观点简单明了，它以为，法律事实上往往反映或者符合了某些道德的要求，道德也影响了法律的发展，[298] 可是那不是一个必然的真理。[299] “在所有现代国家，法律在许多方面表现了被接受的社会道德的影响，也表现了更广泛的道德理想的影响。这些影响要么迅速而又显而易见地通过立法来实现，要么逐渐地并静静地通过司法过程来实现。… …‘实证主义者’不会否认这些是事实，或者否认法律制度的稳定性部分地依赖这类

对道德的符合。如果这就是法律和应当如何的必然联系的意思所在，那么自然要承认这一点”。[300]

这里的问题可能是比较复杂的，我们分开几个方面来说。

第一，在法律的解释适用中，是不是一定会出现解释说明的问题？一定会出现考虑法律的目的或者价值的情况？如果一定是，则富勒的想法对法律实证主义是很有威胁的；如果不是，就要另外说了。观察一下法律实践，好像还不能认为一定是。起码可以看到，有那么一些案子，法官倒是老老实实地依照三段式的演绎推理判决的。他们把立法者的规则或者法院以前的判例当作了大前提，把案子的事实当作了小前提，然后进行逻辑推断，得出一个判决结论，并没有解释说明规则或者判例的意思是什么，因为，大家都对“大前提”是没有争议的，或者“大前提”本身根本就不存在模糊或者所谓的漏洞从而需要解释说明的问题。当然，这种情况并不是非常普遍的，但是，肯定是存在的。而既然有时没有解释说明的问题，自然也就没有考虑法律的目的或者价值的情况出现，这样看来，就不能像富勒那样认为在法律的解释适用过程中，“法律应当如何”一定渗入了“法律实际如何”。

第二，就立法来说，立法者不考虑价值目的自然是不可能的，这点法律实证主义者并不否认，反而举双手赞成。问题是，在某些情况下，少数个别人立下的所谓国家规则遭到了许多人的反对，这时候就可能出现有人否定那是法律的情况。实证主义在这里的立场是：即使有理由不赞同那些规则，多数人也不能否定它们是法律。而另一方面，多数人认为的“法律应当是什么”和少数个别人以制定方式造成的“法律实际是什么”，在法律实证主义看来，没有一种必然的联系。

第三，假如我们可以通过“第三只眼”来看问题，换种说法就是，站在一个客观中立的立场上来看问题，既不站在少数人也不站在多数人的立场上，那么，就算在法律适用和立法的过程中，法官和立法者

都把自己的价值目的融入了“法律”里面，我们也可以，而且也应该清晰地区别“法律的实际”与“法律的应当”。试想一个印度人来到了英国，他完全可能站在一个客观中立的角度观察英国的法律制度，就像平静自如地观察英国伦敦的白金汉宫和威斯特敏斯特大教堂一样，而不管在这两个地方发生过什么样的“价值斗争 ”。所谓“概念上没有必然联系 ”，主要讲的就是这个意思。

070　安提戈涅·“恶法亦法”·“恶法非法”

有人可能会想到，在安提戈涅的悲剧里，安提戈涅用神法一类的东西对抗克瑞翁的法令，但是她没有说，克瑞翁的法令因为邪恶就不是法律了。洛克也是一样的，仍旧没有说那类似乎是恶法的东西不是法律，他们好像都默认了低一级的恶法也是法律。这个态度，和大致叫作法律实证主义的“恶法亦法”的观念存在什么异同？法律实证主义者肯定会讲：克瑞翁的法令是地道的法律。

表面上看，安提戈涅也承认了克瑞翁的法令是法律，虽然她相信这个法令践踏了人类的血肉亲情。另一方面，她又用她的行动“悲剧般地”打破了克瑞翁法令的效力。她宣布，在高一级的神法面前，人法显得微不足道，完全可以对它弃置不顾。这样说来，实际上，安提戈涅内心里在很大程度上就没有把违背伦常道德的法令当回事。洛克表面上有时也承认了恶法是法律，但是也提出，某些法律是十分糟糕的，侵犯了自然权利并且违背了自然法，因而要求否定它们的法律效力。这照样是类似地不把恶法当回事。此外，在他们两人的头脑里，一般来说，这些“恶法”不存在一个改革的问题，只存在一个对抗的问题。

而明确主张“恶法亦法”的法律实证主义者，就与此不同了。他们通常坚持恶法的法律效力，以为人们再如何不喜欢，再如何想批评，也要首先把它看作是有约束力的，这就是，谨慎小心地对待恶法，不

要轻易地革了它的命。法律实证主义者也知道恶法毕竟不是一个好东西，所以，在不主张违反对抗它的同时却希望批评和改革它。由此可见，如果说安提戈涅、洛克等是“革命主义”，那么，法律实证主义者就是“改良主义”。

当然，在西方法律思想里，许多像安提戈涅和洛克那样主张高一级法律具有绝对权威的人之中也有个别主张改革而不主张对抗的，比如前面提到的美国独立战争时期的潘恩，就是一例。在他的言语中，我们也看到了更像法律实证主义者所说的话。而在法律实证主义的名单之内，借高一级法律（如自然法）否定恶法法律效力的同样是大有人在。像哈特确信，在纳粹德国恶法的面前，虽然要给予它法律的名分，但是又完全可以考虑自然法的一些最低限度的内容，并且制定新的一套法律以溯及既往的方式暗中摧毁这些恶法的法律效力。[301]

再和主张“恶法非法”的人对比一下。在安提戈涅和洛克的言说里，法律存在一个等级之分，有的法律——像神法、自然法——高高在上完美无缺，有的法律——个别的人法——包含邪恶。而在“恶法非法”的赞同者的言说里，法律一概是无一瑕疵，因为只有好的法律才能配得上称为“法律”，好的法律又可以说是凤毛麟角。于是，对安提戈涅和洛克来说，法律不一定是神圣的，而对“恶法非法”的赞同者来说，法律绝对是神圣的，一旦一个规则被冠以法律的名义，将是公平正义的完美化身。

现在，我们把这三种观念排个座次：最为“中庸”的观点是安提戈涅和洛克的想法。他们“接纳”了几乎所有可以叫作法律的东西，在法律的家族之内，高的、低的、好的、坏的，都有平等的资格作为一员而存在，只不过就像家庭长幼尊卑有个上下之分一样，法律家族也有个上下之分，而且，越往上的法律越具有“尊严”。较为“中庸”的是那些法律实证主义者的想法。无论对人制定的法律，还是对所谓的自然

法、神法一类的东西，他们都表达了谨慎小心的态度，既不轻易将恶法排除在法律家族之外，又不轻易将“众说纷纭”的自然法（公平正义、自然权利、神的意旨）排在法律家族之内。而最为极端的是主张“恶法非法”的那些人的想法。在他们的手里，法律家族的范围是十分狭小的，大凡有点问题或者邪恶，是绝对不能不排除的。

071 “恶法亦法”一说的理论困境·社会角色·利益关系

前面，已经讨论过安提戈涅、洛克的理论以及主张“恶法非法”的那些人的理论的困难。现在，当我们清晰地分辨了这两种理论和“恶法亦法”的观念之间的关系之后，再看看“恶法亦法”这种最为容易被一般人接受的法律观念的理论困境是什么。

主张“恶法亦法 ”，特别依赖“法律科学”这个概念。边沁、奥斯丁和凯尔森都在设想，如果把恶法排除在法律家族之外，建立一个客观的法律科学也就无从谈起了，因为，人们首先就会在哪些是法律哪些不是这个问题上无休止地争论，都会用自己的价值观念，建立一个法律的身份标准，同时，用自己的价值观念排斥别人甚至大多数人的法律标准。法律科学，像许多自然科学一样，自然有一套脱离价值判断“影响”的中立的理论学说，它可以客观地告诉我们什么是法律，在哪里寻找法律的具体规定，法律具有哪些一般性的特征。而建立一个法律科学的努力，最终又可以像自然科学毫无争议地告诉我们什么是月亮、什么是太阳、什么是河流一样，告诉我们什么是法律。我们这些没有法学家身份的人，在听了他们讲述的法律科学之后，也可以接受它、掌握它，并且在实践中自称“已经懂得什么是法律”了。

从例子入手，看看这里的问题是什么。

现在，假设发生了这样一个案子，一个人得了一种奇怪的病，不久变成了植物人。他自己已经失去了思维能力，但是心脏和肺仍然具有正常的功能。这个病人有一个不太孝顺的儿子。儿子向法院提出了继承财产的要求，理由是父亲已经“去世”。

现有的明确法律规则，比如白纸黑字的立法和法院判例，规定了“被继承人死亡之时继承开始 ”，唯独没有说清什么状态才是“死亡”。在这样一个案子里，怎样去说明法律是什么?

植物人的代理律师说，第一，从一般意义的角度来讲，植物人死亡了，因为，人作为真正的人，就在于他有理性意识。植物人停止了意识，“大脑已经死亡 ”，再说他还活着似乎是不恰当的。当然，不能忘记，植物人仍然是有呼吸的，其心脏仍然具有正常的跳动功能。我们绝对不能忘掉他本身的利益，这就如同不能忘掉没有基本意识的胎儿和缺乏正常思维能力的精神障碍者的利益一样。所以，在法律上，不能以为植物人已经死亡。第二，虽然植物人目前无法处理自己的财产，但是，留下财产依然是重要的。因为，谁能排除他日后“意识起死回生”的可能性? 一旦他因为医学的奇迹恢复了意识，那么，他就需要而且有能力自主地处理财产，并且依赖这笔财产继续生存。如果儿子硬是继承了他的财产，就使他在恢复意识之后没办法再重新拥有财产权利。根据这两点，植物人的律师就可以认为，法律的规定是 “‘真正’死亡，如停止呼吸，继承才开始”。

儿子的代理律师说，允许儿子继承财产不意味着不保护植物人的利益。在继承之后，儿子完全可以根据财产的状况为他父亲提供好的医疗条件。就算人们担心儿子不能做到这一点，仍然可以要求儿子用签署保证书的方式，来保证植物人的利益。反过来，不允许儿子继承，就损害了儿子的利益，而且有可能无法使原有的财产发挥最好的效益，这样反而又不能有利于植物人的疗养。第二，从现有的医疗技

术来讲，植物人的病是不大可能治好的。这意味着，在相当大的程度上，植物人将一直保持现状直至停止呼吸。在法律上，之所以人们要建立一个继承制度，原因之一就在于人死亡以后不可能再有效地支配自己的财产，而如果让财产控制处于“真空 ”状态，就是一种资源的浪费了。父亲目前的这种情况，等于使财产处于了“真空”状态。

以这两点为根据，儿子的律师可以认为，法律真正的目的在于使财产有效、有益地转移承继，因此，法律就是“当已经不可能具有意识时继承开始”。

我们可以想象，这两位律师可以继续不断地寻找理由，发表法律意见。而且，法官以及在一旁观察的各类人也会提出自己的法律看法。

在这里，因为“社会角色”的不同，各类人会不同地使用“法律 ”这个词，使 “法律 ”意味着不同的东西。作为当事人，儿子将为了自己的利益而充分寻找挖掘法律的理由；他会说，自己律师的意见最好地表达了“法律是什么”的观点。而双方的律师，基于自己和当事人的特定关系，他们的职责要求他们站在当事人的立场上，为当事人提出最有说服力的法律见解。“法律”一词的使用和这种职责有着密切联系。作为一名裁断者，法官与当事人和律师都没有特定的关系，他的职责要求他依据“法律”判决案子。他也许不同意任何一方律师的法律见解，也许赞同其中一方的见解，但是即使是赞同了一方，他也不是基于律师的职责作出这种赞同的，他会以社会权威机构的“身份”来使用“法律”一词。在一旁观察的旁观者，也会具有自己的观点或者意见。然而，他们毕竟是旁观者，与当事人、律师和法官都是不同的。他们可能基于对社会关注的热情、喜好发表见解或者某种其他原因，而提出在这个案子里“法律是什么 ”。“法律”一词的用法，在他们手中与在当事人、律师和法官的手中，一定存在着一些区别。当然，有时观察者

也许因为自己遇到了与当事人之一同样的情况，想知道“法律”在此究竟会是什么，故在一旁发表自己的法律见解。不过这时候，他的角色已经发生了变化，说他是观察者，倒不如说他是当事人一类的社会角色。他使用“法律”一词自然类似案子里的当事人。

我们需要注意，当说明具体法律是什么的时候，人人都会自然而然地假定一个一般性质的法律概念。如果不是这样，也就说不清楚为什么人们总是有针对性地在某些地方而不是另外一些地方查找法律。所以，在前面假设的案子里，当事人、律师、法官以及旁观者在继承问题上提出具体法律是什么的时候，他们头脑里，都会潜伏着一个“在社会上法律大体是什么”的一般观念。这意味着，这些人不仅在具体意义上彼此不同地使用“法律”这个词，在这个案子里发表具体不同的法律意见，而且在一般意义上也在“表现差异”地使用这个词，并且在表达一般性质的法律观念。这么说来，“社会角色”的不同，不仅可以使人们具有不同的“具体法律是什么”的想法，而且可以使他们具有不同的“一般法律是什么”的观念。

如果的确是这样，那么，在这些人之间建立一个客观的法律科学有没有可能？就算一名法学家告诉他们，法律科学的内容表明他们之间只有一个法律观念（既有具体的也有一般的，比如法官的）是正确的，他们会不会停止争论？一名天文学家告诉他们，自然科学表明月亮就是那个晚上羞羞答答向着地球“微笑”的星球，而太阳就是白天热情地向着地球“大笑”的星球，他们自然不会有争议；相反，倒会自觉地把自然科学的说法当作知识接受下来。但是，在法学家面前，他们可就不一定这样了。因为，在月亮和太阳的问题上和天文学家争论，不大会引出现直接的利益关系的问题，而在财产、自由、名誉、惩罚、交换、继承等问题和法学家争论，肯定会引出非常实在的利益关系的问题。

而且，就算我们有点小问题要和天文学家争论，天文学家也可以拿出一个人们大体接受的客观观察标准来检验谁说的是正确的。有人说地球是正圆的，有人说地球是椭圆的，天文学家就会告诉我们如何检验这个争议。对这种检验方式，我们一般都会接受。此外，对于一个东西是月亮，一个东西是太阳，我们在开始就不会有什么争议的。

但是，在法律里，法学家再如何郑重其事地宣布一个所谓客观观察的标准，我们也完全可能置之不理。我们不仅会争论法律的特点是什么，法律怎样制定才是真正的法律，而且，在一个东西是不是法律的初始问题上，就会发生争论。因为在实践中，我们总是难免用我们自己的政治观念、道德观念以及更为庞杂的文化观念来编织自己的一般法律观念，无法摆脱自己价值判断的影响。

说到这里，我们可能会回想起前面第048、051小节讲过的德沃金的理论。的确，德沃金就告诉过我们，当出现法律争议的时候，完全可以清楚地发现争议者都在用不同的政治观念、道德观念和由此而来的一般法律观念来争论，那种争论，是一种对法学家们通常认为的“法律科学”理论的异议、背离甚至反抗。

有人可能会讲，假如在前面那个假设的案子里，明确的立法规则或者法院的判例清清楚楚地讲了“死亡”的标准，那么，就不会出现这么一大堆麻烦的事情了。这时候，法律科学就可以发挥独一无二的令人满意的功能。人们就可以根据法律科学给出的一般理论，来判定解决具体案子里面的法律问题。但是，要注意，即使是在这种情形下，每个参与案子判决过程的人也都可能继续持有自己的一套法律观念，因为，这套观念根本就不是来自法律科学的“教诲 ”，而是在特定文化气氛中日积月累形成的，它和法学家的说教没有关系，倒和参与者自己的政治道德观念密切相关。即使有时和法律科学的说法相一致，那也可能恰巧和法学家的想法殊途同归了，只是在具体规则没有清楚规

定或者有争议的时候，各种不同的一般法律观念，才会最为明显地表现出来。

另一方面，由于具体规则讲了“死亡”的具体标准，案件中的各种参与者可能会停止争论，但是，这也完全可能是因为各自不同的法律观念出现部分重合的情形。比如，有人认为法律来自立法者的立法、法院的判例、民间的习惯和社会的情理，而有人则认为法律仅仅来自立法者的立法。他们之间显然出现了重合的地方— —立法者的立法。假如有人认为真正的法律在于民间的习惯规章[302]，而不在于官方的立法，换句话说，这里没有发生和别人观念重合的情形，那么，他就会对抗性地坚持民间中流传的“死亡”标准才是这个案子应该尊重的标准。这时候，仍会出现不断的争论。

在这里，法律科学似乎依然无立锥之地。

072　“恶法亦法”一说的实践困境·法律专制

前面第066小节说过，主张“恶法亦法”的人，像克瑞翁国王，特别担心“恶法非法”一说引来社会秩序的混乱。在安提戈涅的故事里，假如安提戈涅不是用高一级的神法，而是用“好坏”或者“正义邪恶”之类的主观观念，来说克瑞翁的法令不是法律，那么，别人也应该可以根据自己的好坏以及正义邪恶之类的判断“破坏”克瑞翁的其他法令。这么一来，底比斯的社会秩序就会土崩瓦解。

但是，凡事都是两面的，有利总有弊。越是看重秩序，越有可能神差鬼使地走向另外一个危险道路— —专制，而且是以法律为外衣的专制。

人们当初否定纳粹德国的法律，恰恰是因为那种法律不仅是邪恶的，而且具有专制的倾向。在上面说过的三个有关纳粹德国法律的案

子里，就可以清楚地发现，那时候德国的法律正是以专制的手段对付异己分子，用貌似法律的东西来压制不同的声音，它要求政治上绝对的整齐划一。在这种"法律统治"之下，虽然说存在着秩序，可是要比在赤裸裸的人为专制统治之下，更为可能遇到险恶的境遇。因为，以法律为外表的专制，披上了时常被人视为神圣的"法律"的面纱，在这个面纱面前，即使身在"专制"之下也可能认为不是专制。这般讲来，赞同"恶法非法"一说的人坚持将道德理想作为法律效力的必要条件，目的之一就在于防止法律上的专制。而主张相反一说的人，则似乎不大在乎这一问题的严重性，他们以为，但凡有了法律的规定，就会有一是一、二是二的秩序出现，不仅对百姓平民来说，而且对制定法律的统治者来说，也是如此。假如法律规定掌握权力的人可以享有不受约束的自由权利，规定这类人可以随意取消公民的政治权利，规定这类人可以任意过问干涉法律纠纷的审判，那么，在这样露骨的专制内容上，主张"恶法亦法"的人也会感觉问题不大。可是，有秩序的专制，毕竟和没有秩序的自由一样让人难以接受。

令人奇怪的是，主张"恶法亦法"的人原本的初衷即在清晰地认识法律之后进行法律改革，而这个初衷似乎表明，他们又不太希望法律有专制的内容。像边沁这样的人就说：

一种制度如果不受到批评，就无法得到改进；任何东西如果永远不去找出毛病，那就永远无法改正；如果我们作出一项决定，对每件事物不问好歹一味赞成，而不加任何指责，那么将来一旦实行这项决定，它必然会成为一种有效的障碍，妨碍我们可以不断期望的一切追加的幸福……[303]

换句话讲，对法律作出了经验性的说明之后，下一步的任务便在于用边沁自己喜欢的功利主义作为标准，衡量一下法律的好坏。如果和功利主义的要求相去甚远，那么，就要对法律进行改革或者干脆废

除。在他那里，相对社会而言，是非的衡量标准就是“最大多数人的最大幸福”这个功利主义。[304] 显然，具有露骨专制内容的法律和功利主义是不太协调的。边沁虽然不大看重平民百姓的政治自由，可是到底还是认为它是社会功利的一部分，甚至是法律制定的一个重要内容。[305] 这样，一方面主张“恶法亦法”，坚持社会秩序价值的第一性，另一方面主张法律的必要改革，不大喜欢法律本身存在专制的内容，这两者之间不就是冲突矛盾了?

也许，“恶法亦法”的赞同者以为，这是一个不能避免的矛盾问题。不喜欢归不喜欢，现实归现实，有时秩序难免伴随着专制，为了秩序总要承担某些其他负面的风险。但是，假如专制的法律有一天居然规定“赋予统治者不受任何限制权力的法律不得修改”，不知赞同者将会做何感想？在这样的法律面前，边沁那样的赞同者的改革理想恐怕是虚幻的。

073　选择“邪恶”

在前面我们提到过这么一点：由于坚持“恶法非法”，那些坚持者势必对法律改革的问题“麻木不仁”，因为，一旦成为法律就必然是正义的、完好的法律，它当然没有改革的问题了。与此类似，坚持“恶法非法”，就会忽略秩序、正义、道义、罪刑法定等价值之间困难的选择境地，从而忽略了其他可能的价值方向。哈特这样的西方人特别相信这点。

在上面说过的三个与纳粹恶法有关的案子里，法院毫不犹豫地否定了恶法的法律资格。按哈特等人的说法，法院就是“逃避”了价值选择的困境，从而，对其他可能的价值充耳不闻。我们是不是有理由认为，选择“溯及既往地立法惩罚”要比“单纯宣布恶法非法去惩罚”，来得更有意义？溯及既往地立法，既可以在保持法律声誉的基础上实现

正义，也可以在不否定纳粹法律资格的基础上将它扔掉。最重要的是，这仍然是在法律的范围里解决法律的问题，没有彻底摧毁法律本身的价值。可是那时候的法院显然没有，而且也不愿意向这个方向加以思考。

但是，如果仅仅注意“选择”这个问题，有时就会像告密者那类人选择了遵守邪恶的纳粹法律一样，最终可能在实践中选择一般人们视为邪恶的结果。而正是在这里，通常人们认为的邪恶结果，无论如何是不能接受的。选择这种结果，怎样说来都不能算作一种理智的表现。于是，有时只有选择了“恶法非法”的观念，才能从根本上避免邪恶选择的结果。对于某些极端的邪恶，“如何避免 ”要比“如何选择”显得更为重要。在纳粹已经引起所有人愤恨的时候，避免纳粹法律带来的邪恶而不是选择哪个价值，才是符合人类最为基本的正常思考。

小　结

从安提戈涅的故事开始，我们谈到了两种法律秩序之间的对立；从这种对立，又引申到“恶法非法”与“恶法亦法”之间的对立。和中国的法律思想相比，这可能是西方法律思想最有特色的一个问题。对中国人来说，法律就是法律，它当然有个好坏之分，但是不能因为表现了坏的缺陷就把一个规则排除在法律家族之外。大致来讲，中国人比较容易接受“恶法亦法”的观念，并不会为 “恶法是不是法律”这样的问题不断地争论。西方人，至少是其中一部分人，最喜欢争论这样的问题。这可能表明了在西方法律文化传统中固有的“浪漫”情调：在“实际”的法律中不断追求“应当”的法律。

第十章　道德的法律强制

虽然，有人在“法律实际如何”和“法律应当如何”的问题上不断争论，但是，有人已经采取行动将“应当怎样”这样的道德内容强行写进法律里面。采取行动的人指出，当我们认为应当如何的时候，就应该毫不迟疑地将它纳入法律之中。法律本身如何的问题，并不限于已经存在的实际法律— —比如纳粹法律、种族歧视法律— —的好坏，相反，还包括了如何使道德的内容真正变成法律，让道德具有现实的法律力量。

074　沃尔芬登报告

沃尔芬登（John Wolfenden）是英国人，20世纪50年代，他是英国议会的议员，因为同性恋和卖淫的问题当时在英国是众人关注的争论问题，议会派他组成一个“沃尔芬登委员会”进行调查研究。

20世纪40年代，同性恋在工业国家大有逐渐蔓延的趋势。几个美国人做过一个社会学的调查，发现两个美国男人里面至少就有一个渴望着同性爱恋或者已经进入了实质的同性恋，而4个美国女人里面至少也有一个是同性恋者。[306] 即使是在英国，同性恋的状况也是类似的。那些同性恋者不仅组建区域性的同性协会，而且在全国倡议同性联谊。同性恋者说道，同性恋本身就是人类感情的一种表现；从感情需要上来说，异性恋并不比同性恋具有优先的地位。至于繁衍后代的功能，这也不是仅仅异性恋应当得到认可的一个理由，因为，总有一些男女婚姻并不是为了生孩子，而是为了比较单纯的感情需要。因此必须要问，为什么异性恋者有相爱的权利，而同性恋者就没有？显

然，这些发难言词不仅在向异性恋的道德提出挑战，而且在向法律的制裁提出了挑战。

随着同性恋的影响逐渐扩大，卖淫活动也开始日趋“娼”盛。热衷于此中行当的人强烈呼吁减轻直至废除对同性恋和卖淫的法律制裁。就在英国百姓为其中是非激烈争论的时候，议会派出了“沃尔芬登委员会”，想看看改革法律是否必要。

1957年，这个委员会发觉应该放松对同性恋和卖淫的限制，所以，建议废除同性恋和卖淫在法律上的犯罪罪名。它说，把这两件事当作犯罪来惩罚太苛刻了，尽管可以立法禁止公开卖淫。委员会提出了许多理由来说明为什么要废除对此的限制，其中两个是最有意思的：第一，法律或说刑法的作用，是为了保护公共秩序和社会的体面，让公民的生活免受侵害，而成年人私下形成自愿性质的同性恋，就不存在公共秩序和社会体面的问题，也没有使他人受到侵害；[307]第二，法律应该给予个人一个在私人道德问题上选择的自由，过度干预是没有任何益处的，而同性恋和卖淫，是明显的私人道德问题，严厉惩罚是多余的。[308]

现在我们看一段19世纪英国思想家约翰·密尔的话：

对于文明群体中的任一成员，所以能够施用一种权力以反其意志而不失为正当，唯一的目的只是要防止对他人的危害……要使强迫成为正当，必须是所要对他加以吓阻的那宗行为将会对他人产生祸害。任何人的行为，只有涉及他人的那部分才须对社会负责。在仅只涉及本人的那部分，他的独立性在权利上则是绝对的。对于本人自己，对于他自己的身和心，个人乃是最高主权者。[309]

沃尔芬登委员会在写报告的时候，头脑里恐怕总是想着密尔的这段话。

075　道德的法律强制

那个时候，英国有个学者叫德弗林（Patrick Devlin），他当过多年的法官，是一位公共道德激进主义者。他认为沃尔芬登的报告是错误的。说来也巧，在大西洋彼岸的美国，就在这个时候，也开始出现了对同性恋和卖淫的宽容表现。1955年，美国法律学院草拟了一个《模范刑法典》（Model Penal Code），建议所有的成年自愿同性恋行为免受刑罚，认为这类行为是不会损害社会公共利益的。[310]德弗林担心英国的状况借美国这股风气越来越重，于是站了出来。

德弗林首先提出这么一个问题：道德是否一定是私人的事情，换句话说，在私人之间有没有公共道德？[311]具体在同性恋和卖淫的问题上，到底能不能引出一个公共伦理的因素？同性恋、卖淫看上去的确是没有妨碍他人，两人只要你情我愿，私下交往或者交易也不会对第三者或者公众产生道德上的侵害。他人看不惯或者拒绝接受，那是各有所好，似乎不能成为否定这两件事情的道德理由，否则，一切别人看不惯的事情都将遭到道德伦理上的指责。

但是，德弗林却以为，一切道德问题都属于公共道德的范畴，根本没有“私人道德”这样一个概念。道德与我们的善恶判断存在着密切联系，而这类判断只有在社会受到影响的时候才会呈现出来。同性恋和卖淫一类的问题，总会影响社会的一些角落，比如同性恋和卖淫会引起性的疾病，从而增加家庭和社会的医疗成本；与此同时，还会影响家庭成员之间的和睦关系，使家人受到精神刺激或者损害；当社会特别依赖人口增殖的时候，同性恋又会引来与此相反的人口萧条。这就如同酗酒这件事一样，自己喝酒好像是与他人无关的，可是实际上过度饮酒从来就是社会需要关注的社会问题，喝醉了就要有人搀扶送医院或者回家，就有可能在开车的时候出现交通事故，就会无法控制自己的放肆行为，从而给他人或者社会造成损害，这些当然是对社会

不折不扣的影响。不论是直接的或者是间接的，道德与社会问题的关系总会是千丝万缕的。实际上，“所有性方面的道德败坏都涉及利用人性的脆弱。妓女利用了客户的色欲，而客户利用了妓女的道德弱点”。[312] 这些都是道德的社会反映。

如果遵循德弗林的思路，那么人们可以对任何事情以道德的名义提出意见。假如妇女穿着性感，人们就可以指责她们勾引邪念；假如有人穿金戴银，人们也可以指责他们诱发盗窃……显然，许多事情都可以列入道德批评的范畴。其实，德弗林的看法正是有些这样的意思，因为他说：

……社会意味着观念的结合，没有共同的政治观念、道德观念和伦理意识，社会就不可能存在。每个人对善恶都有自己的看法，这些看法不可能远离我们生活的社会而成为个人私事。如果我们试图创造一个没有善恶基本观的社会，那么我们只能以失败告终……因为，社会不是某种物质结合体，而是由共同思想纽带连接在一起的无形凝聚体。如果这个纽带过于松弛，社会成员将会四散分离。

共同道德是奴役的一部分，奴役是社会代价的一部分。人类需要社会，所以必须要为此付出代价。[313]

这与美国社会学家帕森斯（Talcott Parsons）的讲法如出一辙：具有共同的价值观念使人们连接在一起，“如果不依赖共同价值准则的存在，社会就会无影无踪”。[314]

可是，即使对任何事情都可以提出道德上的批评，我们依然不能把所有的事情都纳入法律的监控视野之内。德弗林当然是知道这点的，所以，他紧跟着提出了另外一个问题：在什么情况下，国家应该使用法律的强制手段抑制道德败坏？[315]

德弗林设想，仅仅根据大多数人的意见来推出社会的道德判断自然是不够的，可是要求所有公民都同意也是不可能的。而且，所有人都同意了这件事本身，也就意味着没有道德批评的必要了，因为，道德冲突是不存在的。他说，从英国法律的发展中可以看到另外一个标准：理智健全而又正气一身的人的标准。[316]这类人，可不是单纯地具有理性，他们还有常识性的、合理的感情判断。在街头、公共汽车或者陪审团里，都可以发现这样的人的存在。我们完全可以希望在他们之中发现社会的公共道德，从而确定应该具有的道德判断。如果他们态度坚定地以为一个行为在道德上是不能被接受的，而且，以强烈的感情表达他们的不满，那么，这便足以说明，这个行为就社会意义而言是不道德的。在普通法的发展中，英国法官时常运用的就是这个标准，“他们并不认为自己是在制定法律，相反，简简单单地认为自己是在表达每个正常理智的人都会接受为有效的基本原则”。[317]

在这里，我们就得到了一个应该使用法律强制手段抑制道德败坏的标准。

这是说，法官处理道德问题，就应当设想自己在平衡公共利益和个人利益。当一个人的住宅与公路相连，他自然有使用公路的权利，如果有许多东西需要搬上搬下，他可以把车长时间地停留在公路上。可是别人也要使用公路，一个人把道路全部占据就会让别人损失权利。公共利益和个人利益发生了冲突，当然就要让它平衡一下。如果允许一个权利无限地使用，就会让另外一个权利无法忍受。实际上，在公路上的两种利益是你中有我、我中有你的，谁也不能说清公路的利益是公共的还是私人的。在道德领域里，两种利益的关系同样是分割不清的。同性恋和卖淫就像公路上的占道搬运，如果没完没了，无限扩展，就会让别人无法忍受，这时候，法官应该毫不犹豫地实施道德的法律强制。

德弗林的想法是要说明，公共道德领域里存在一个基本的容忍限度问题，超过了这个容忍限度，我们便进入了“法律应当如何”的领域，即使“法律实际如何”是非常清晰的，也应该让“法律应当如何”付诸实施。如果联系到前面说过的“恶法”“良法”的问题，可以认为，德弗林是从侧面悄悄地让“法律应当如何”压制“法律实际如何”。虽然他时常提到：应该由立法者而不是法官来维护社会道德的健康。[318]

076　德弗林的“标准”

一个正常人的理智判断加上憎恶感情，我们可以将其简称为德弗林“标准”。在这位学者手里，这个标准就是法律应当如何的标准，它和公共道德是紧密联系的。和我们说过的安提戈涅、西塞罗、洛克、阿奎那一样，德弗林也以为高一级的“标准”是确定无疑的。当然，在前面那些人的眼里，高一级的标准是永恒不变的；在德弗林的眼里，这个标准可以随着时代的变化而变化。[319]

现在，我们先看看这个标准的前半部分即合理的理智判断，存在什么问题。

1933年，英国法院审理了一起损害赔偿案件。原告叫卡特勒，被告是一家牛奶作坊。卡特勒为人热情，喜欢帮助别人。一天，他在街上遇到了一匹受了惊的难以控制的马。当时驾驶马的人向在场的其他人求救，卡特勒立即自愿地过去拉住了缰绳。但是，马踢伤了卡特勒。马是牛奶作坊的马。马主知道这件事后，除了口头感谢卡特勒之外，没有提到受伤这件事情。卡特勒十分气愤，向法院提起了诉讼，要求马主赔偿医疗损失。当时，法院觉得棘手，因为以前的判例没有清楚具体地讲过这类事情。于是，法院开始寻找德弗林所提到的“正常人的合理判断”。通过调查，结果大多数人都说卡特勒虽然精神可嘉，但要求赔偿似乎是不大妥当的，因为，一个没有任何义务的人自

愿跑上前去阻止另外一个人的马，并且知道这样做的结果极为可能是受伤，这样的损失只能由他自己来承担。法官据此作出了判决。[320]

不到两年，又发生了一起类似的案子。原告是一名警察，叫海恩斯；被告叫哈伍德。一天，一匹受惊的马在大街上奔跑，在大街上有不少孩子在玩耍。有几个小孩看见大马狂奔而来，吓得愣在那里。海恩斯迅速上前抱住了马的脖子一直往下面压。马被制服了，可是海恩斯的胳膊和腿却大面积受了伤。马主哈伍德知道后，像上面提到的案子中的牛奶作坊主一样，仅仅说了一声谢谢。海恩斯同样告到了法院，要求哈伍德支付医疗费和精神补偿费。初审法院对卡特勒案记忆犹新，因此，海恩斯败诉。案子到了上诉法院，英国上诉法院认为，判海恩斯败诉的确是有问题的，他不能得到医疗费和精神补偿费实在是于情不符，于理不通。这样，上诉法院也进行了调查，希望得到一个"正常人的合理判断"的根据。不过，这次的结果迥然不同，大多数人不仅认为海恩斯精神可嘉，而且认为只有赔偿才能弘扬社会道德。于是，法院就把这个意见当作"正常人的合理判断 "，判决海恩斯胜诉。[321]

这里，可以看出，所谓的"正常人的合理判断"恐怕是一件见仁见智的事情。遇到不同的人，很可能就会得到不同的"判断"结论。有人可能会说，德弗林没有否定这类判断会发生变化，所以，前后两个案件里的"判断"不同是不奇怪的。但是，正常人的合理判断在两年不到的时间里——两案时间相距不到两年— —就有不同，这就不是一个"时间变化"的问题。合理判断，总有些文化的积淀才会形成，一两年就一变，恐怕不是"正常人的合理判断 "。所以，在这里，问题的要害倒在于两个案件里的"判断"不同恰恰说明了"合理理解 "的不同。在两个案子里，应该说，法院遇到的正是这类不同，怎能把一般遇到的"合理判断 "和"公共道德"的东西连接起来？ "公共道德"一定需要大致的普遍一致性。

再说德弗林“标准”的另外一半：憎恶感情。

憎恶感情的表现，可能更是一件“见仁见智”的事情。就拿同性恋本身来说，在英美国家现在已经是司空见惯。尤其是在美国，20世纪80年代中期有的州已经明确宣布同性恋是合法的，同性恋者可以像异性恋者一样组成家庭。大多数人已经同情理解同性恋，觉得这是一件再自然不过的事情了。与数十年前相比，他们的态度可以说是天壤之别。问题是，从数十年前到今天这样一个状态，其间必然经历了对同性恋多种多样的矛盾姿态，甚至根本无法断定究竟是憎恶还是同情才是主要的感情表现。在具有多种多样矛盾姿态的时候，假如像德弗林所说的，在街头、公共汽车和陪审团里遇到了正常人的“憎恶感情”，那么，能不能说这就是公共道德的表现?

说到这里，可以发觉，德弗林“标准”最大的问题就在于它不能成为一个“标准”。所谓标准，总要有些“客观”的意思才行。根据德弗林的想法，我们可以在街头、公园、汽车站、商店甚至医院之类的地方，随便找几个人问一下他们的感觉判断，只要这些人正常理智而且具有道德感，那就可以了。可是这实在是“主观”了一些，不太可靠。我们调查社会的道德反映，总要有一定人数的依据才会稳当，不说绝大多数，也要相当一部分才是。在一个文化道德观念极为多样化的社会里，这类问题是尤为紧要的。所以，在遇到愤怒甚至咒骂的时候，我们依然可能没有遇到德弗林想象的“憎恶感情”。换句话说，那些街头、公共汽车或陪审团里表现出来的“无法容忍”，兴许不是公共道德的一种表现，以这个作为基础的道德的法律强制，自然不太“妥当”。

小　结

在道德问题上，德弗林可谓是个激进主义者。这类激进，尤为表现在要用法律强制“约束”道德领域。他给出了一个标准，一个“理智判

断”加上“憎恶感情”的标准。经过仔细分析，我们倒会发觉这个标准似乎并不可靠，毕竟，里面有些说不清、道不明的地方。

第十一章　划清法律与道德

在前面一章，我们大致地分析了德弗林的“标准”，得到的结论是：这个标准是不可靠的。原因是什么？因为同性恋和卖淫这类问题是最为容易引起争议的，而且，实际上，除了一些最基本的善恶道德问题之外，一切日常生活的道德问题都可能引起广泛的意见分歧。由此，在那些日常生活的道德上强加法律，标准当然是不确定的。

077　基本善恶的道德和“日常争议”的道德

应该这样说，在某些道德问题上，谁也不会否认应该施加法律的强制。像诚实信用、遵守诺言、公平安排、禁止盗窃等，如果没有法律上的强制，显然社会就会永无宁日。德弗林讲，大家总要维护一个共同的道德信念和是非尺度，才能彼此维系在一起，否则，就会遭遇“社会崩溃”的灾难。这么讲一半是对的。我们可以想象，如果没有一个共同的道德信念和是非尺度，那么，共同生活将无从谈起。但是，德弗林可能过于杞人忧天了。他觉得同性恋和卖淫之类的“意见各异”性质的道德，也会引来“社会崩溃”的灾难。从他的忧虑中，可以揣摩出这样的结论：就连性感服饰、富有衣着、通奸、婚前同居之类的行为，也会导致“社会崩溃”。

与此相反，哈特则以为，从法律的角度来看道德问题，像那些要求诚实信用、遵守诺言、公平安排、禁止盗窃的道德，可以叫作基本善恶的道德，在这些道德问题上，绝对没有商量的余地，法律自然应该尽力地施加影响；而后一类的诸如通奸、婚前同居之类的道德，叫作“日常争议”的道德，在这些道德问题上，就不能依然强迫性地使用

法律手段。显然，在后一类的道德问题上，我们似乎难以想象通奸、婚前同居甚至同性恋、卖淫之类事情可以像弱肉强食那样引起社会的灭亡，[322]非要强调这是危险的，便是危言耸听。哈特说：

如果没有禁止伤害他人的法律所反映和促进的道德，社会就不可能存在。这当然是无可争议的（而且它是政治哲学最古老的洞见之一）。但是，这里再一次没有证据支持这样一个理论，即那些偏离习俗性道德的人在其他方面有损社会。倒是有更多的证据反对这个理论。[323]

另一方面，“日常争议”的道德，从来都是众说纷纭、各执己见的。正是因为如此，运用法律的强制倒有可能压制人们应该享有的自由。久而久之，不是通奸、婚前同居、同性恋或者卖淫，而是强制本身才会引起社会的无法忍受。所以，与哈特一样，庞德也说：

……法律都是对自由的限制，它们唯一可能为自己解释的正当理由在于他们在一定程度上和一定情况下对自由进行限制是为了在总的结果中为人们带来更多的自由。正如西塞罗所说，为了自由，我们当了法的奴隶。因此，法律还是必要的。但是要小心地立法，以防止它的限制作用超过了它的促进作用。[324]

078　“康德定理”

像哈特和庞德这样的学者，对前面一章提到的沃尔芬登委员会的报告当然是会举双手赞成的，因为，这个报告可能清醒地区分了法律与道德。哈特和庞德总有这样一个感觉：应该在法律和道德之间划上一条界线，这条界线有时会有变化，但是大致来说是较为固定的。可是在德弗林那里，这个界线是说不清楚的，甚至可能是不存在的，只要认为是必要的，人们就可以毫不迟疑地将道德纳入法律控制的范

围。自然，哈特和庞德潜意识里的“法律实际如何”和“法律应当如何”的区分是非常明确的，而德弗林就不是这样明确的了。

上面说的法律与道德的关系，主要涉及哪些行为应该受到法律约束的问题。而在很久以前，人们对这种关系的认识，却是另有一番景象。这涉及传统西方法学里的一个著名理论 ——“康德定理”。

康德就是我们前面提过的18世纪著名的德国哲学家。所谓“康德定理”，是说法律与道德之间存在着一个重要的区别：法律与人们的行为有关；而道德与人们的动机有关。这是告诉我们，在法律上，想什么东西是不重要的，只要行为出现了问题，便需要法律予以惩罚；而在道德上做什么是不重要的，只要动机不纯或者“恶意”，便需要道德予以谴责。[325]这种观点最初不是康德提出来的，而是17世纪德国法学家托马修斯（Christian Thomasius）提出来的。[326]只是由于康德的影响太大了，经过他的讲述，这一“定理”也就被认为是他“首先”提出的。

许久以来，“康德定理”的要点为人们大致地接受下来。可是，现代人到底不是那么迷恋古典人物的成说，异议的声音此起彼伏。概括起来，有两点主要批评意见。第一，法律并不是不关心动机只关注行为。一个人犯罪杀人了，法律是一定要问为什么杀人的，专门术语讲就是“作案动机”。有的杀人是谋财害命，有的是正当防卫，有的是大义灭亲，有的是一时情急，这些之间当然存在着重要的法律区别。动机不同，就有可能刑罚不同，甚至不存在犯罪的问题。如果是做生意，其中出现了欺诈，这同样是一个法律问题，它可能会引起与生意有关的合同或者契约在法律上的无效，即使协议上有了签字或者盖章。显然，法律必须要过问内在的心理活动。第二，反过来，道德也不是只关心动机不关注行为。有了善良的动机，不一定就必然引起符合道德的行为。与有夫之妇的性关系，可能是出于真诚的彼此相爱，

没有恶意破坏他人的幸福，但是毕竟不能为社会的道德所赞扬。这时候，道德关心的并不是婚外恋者的爱情是否真诚，相反，倒是关注婚外性关系本身对婚姻的伤害。

由于这两点批评意见切中要害，“康德定理”逐渐被人们放弃了。当然，对这里讨论的主题来说，它是否被人遗忘了并不重要，重要的是，人们最终发现问题关键在于，一旦道德不只是心灵问题，还涉及行为问题，那么，法律与道德彼此之间的关系就应该变成这样的：到底将哪些道德行为纳入法律的范畴才是恰当的？按照德弗林的看法，只要正常人无法容忍的，道德问题就可以成为法律问题；而根据沃尔芬登委员会、哈特和庞德的设想，关乎基本善恶的道德问题才可以实施法律的强制，而“公说公有理婆说婆有理 ”的东西，永远是道德自己范围内的事情。

079　法律强制本身的道德问题

康德这样的人将法律和道德分得特别清楚，不仅是要在两者之间划个界线，而且暗含着不要让法律的思路随意闯入道德的思路。法律有自己的天地，道德也有自己的天地。如果一定要用法律来管道德的事情，这本身还会引起是否道德的问题。

我们说，人人都要为人诚实、公平相待，不可侵犯别人的财产。这些道德上的见解，大致来说是不会有什么争议的。如果没有争议，把它们当作法律来强制实施，就基本不会出现对谁不公平的问题。显然，你希望凡事诚实信用，我希望言而有信，把这样的道德规范确立为法律规范，我们自然都是赞成的。假如个别人不讲信用，多行不义，其他大多数人就会一起谴责。这时候用法律的手段给予惩罚，人们都会表示“道德上”的一致支持。就法律强制本身来说，绝大多数人主张的一种观念压过极少数人，我们不会认为这是不道德的。因为，

从根本上来看，不以绝大多数人的看法作为道德判断的依据，社会将失去最为基本的道德基础。

与此相反，我们每天都有可能会为“婚前可否同居”“成年同性相恋”“婚外感情释放”而不断地争论。对这些道德，历来都是见仁见智的。在这里，如果让法律来作出具有倾向的决定，人们就会质问法律的道德基础：有什么理由让一部分人——并不是绝大多数的“偏好”压制另一部分人——并不是极少数的“偏好”？这就如同有些人喜欢吃西餐，有些人喜欢吃中餐，有什么理由要求所有人都要吃西餐？要求所有人都这样在道德上能否成立？

所以，哈特相信，道德的法律强制本身就有一个道德的问题。[327]换句话说，如果忽略这个问题，就会以法律的名义不正当地压制道德争议，引起法律强制自身的正当性的疑问。在哈特看来，德弗林的不甚冷静，使他仅仅关注并不可靠的“正常人的理智容忍”这个标准，又使他不太理智地以为用这一标准就可以实现道德的法律强制，其实，这显然忽视了法律强制是否正当这样一个问题。

将这里的意思反过来说，要使法律的强制合理变成具有正当性的，我们反而要清晰地分辨法律与道德的各自范围，意识到“法律应当如何”不能毫无节制地干预“法律实际如何”。

080　支持德弗林还是哈特?

德弗林要求对同性恋和卖淫之类的行为必须给予严厉的法律强制。可以清楚地发现，这位道德激进主义者，显然是在充分地展现自己的法律观念和道德姿态。而哈特要求对性问题应该表现出宽容的态度，要求在私人的行为领域里留下“自由”的空间，同样是观点明确地表达自己的法律观念和道德姿态。不过，哈特却是想在更为普遍的社

会层面上来谈道德问题的普遍性。因为，他总是含蓄地以为，在任何社会里，应该区分基本善恶的道德和“公说公有理婆说婆有理”的道德。

先说哈特的问题。“诚实信用”这样的道德，在哈特的设想中应该划归基本善恶的范围。哈特一般会同意，“诚实信用”应当是普遍的，没有这样的普遍性的道德，社会关系的基础就会出现问题。可是，当仔细观察的时候，总会发现在某些地方“诚实信用 ”不是社会的基本道德。就拿做生意来说，谁都以为“诚实信用”是最基本的，然而，当你和相当一部分生意人谈话的时候，你会看到他们“遵守规矩”并不是因为出于要诚实的道德信念，相反，他们倒是觉得如果不依照规矩做事，可能日后很难展开自己的生意，或者遭遇他人的“以其人之道还治其人之身 ”，他们往往考虑的是功利权衡。而有意思的是，社会关系的基础并没有因此而出现问题。这个例子表明，所谓的基本善恶道德，在一些社会里不一定是“真实的”基本道德，可能是“公说公有理婆说婆有理”的道德。所以，问题可能在于，在不同的具体社会场所就会存在不同的基本道德，而且，有些道德并不能明确地分为基本的或者“公说公有理婆说婆有理”的道德。

虽然说不赞同哈特的讲法，但是，这不意味着我们要同意德弗林的意见。德弗林是一个地道的“具体”的法律议论者，他似乎没有哈特那种试图“普遍说明”的意图，而只是就事论事。正因为如此，我们每个进入道德批评和法律批评的人，自然可能对同性恋和卖淫之类的问题具有不同的看法。也许，有人要比德弗林更为激进，认为对那些“伤风败俗”必须彻底地加以禁止。有人可能比德弗林温和一些，认为对此类事情略加惩罚也就可以了；有人可能更为温和一些，认为对其“不闻不问”最为合适。不论怎样，各类议论者都是存在的，因为我们每个人都是不同的“具体”的法律议论者。

小　结

“实际存在的法律”和“应当存在的法律”的关系，在西方法律思想里大致是一个认识论的问题。安提戈涅、洛克用所谓“高一级”的神法或者自然法的东西来“压抑”人法；西塞罗、奥古斯丁竭力主张“恶法非法 ”，德弗林则直接要求道德的法律强制，都是或明或暗地认为在“实际存在的法律”之上存在一个“应当存在的法律 ”，用后者作为标准来认识前者。而边沁、奥斯丁说“恶法亦法 ”，哈特反对道德的法律强制，也是或明或暗地指出了相反的思想，用“实际存在的法律”作为标准来认识法律本身。

古希腊传说中的安提戈涅，用否定克瑞翁法令的方式埋葬了她的哥哥，当年的联邦德国法院没有任何犹豫地否定了纳粹法律的法律资格，可是，苏格拉底却没有这样否定古雅典的法律，沃尔芬登委员会也没有将同性恋的道德争议划入法律的范畴……这些，究竟如何去看待，就是读者自家的事情了。

第十二章　法律的价值选择问题

081　问题的引出

认识“法律实际如何”和“法律应当如何”，特别依赖我们自己的价值判断。围绕“安提戈涅对抗克瑞翁的法令”“苏格拉底接受古雅典的判决不越狱”“当年联邦德国法院不承认纳粹法律的法律资格”“同性恋应当给予法律严惩”这些问题，我们肯定要思考权衡“亲情”“公平”“正义”“秩序”“权利”一类的价值，要决定什么是重要的。

其实，考虑这些价值，从另外一个角度来看就是追问“我们制定法律是为了什么”。如果为了亲情，就会支持安提戈涅；如果为了公平，就会认为苏格拉底的选择是可以理解的；如果为了正义，就会认为审判纳粹分子的德国法院是正确的；如果为了个人权利，就会对同性恋者保持同情；反过来，如果为了秩序，倒会小心或者沉默地看待安提戈涅、苏格拉底、德国法院和同性恋者的所作所为。对于“为什么要制定法律”的问题，还可以提出许多另外的答案，像有人说的“为了定纷止争”“为了增加财富”……自然，怎么说都是可以的，因为法律的目的本身就是多种多样的。

那么，就整个社会而言，这些目的或者价值是不是有个先后顺序?

082　秩序优先

有些西方学者觉得，首先应该注意“秩序”。现在举例分析一下，看看这种说法有没有它的道理。

假设一天，一位非常具有号召力的歌星来到了一个小城镇演出，地点选在城镇里最大的剧院。可是由于种种原因，演出只能举办一次。在演出前，演出公司和广告公司做了许多广告，因而当歌星进入小城镇的时候，他受到了最热烈的欢迎。小城镇的所有人都想一睹歌星演出的风采。显然，此时最为重要的问题是：怎样满足小城镇人们的需要?

应当承认，小城镇的每个人都有观看演出的权利，因为大家都是生而平等的。如果有人观看了，有人连歌星的背影都没有看见，这就剥夺了一部分人的权利，当然是不合适的。所以，必须把“权利”的思考当作演出安排的一个出发点。可是，承认这一点似乎是不能解决问题的。这位歌星只能演出一次，而且只能在剧场演出，这就不得不在保障某些人的权利的同时牺牲另外一些人的权利，满足所有人的权利要求是没有可能的。这样说来，以权利作为演出安排的一个出发点，好像不行。

有人可能认为，上述想法如果不可行的话，就人为地指定某些人去看，某些人待在家里，在以后设法补偿没能观看演出的人。这样可能也是不行的。有什么理由让一些人去看，而让另一些人待在家里?以后补偿的办法对某些人来说也可能是不公平的，因为这些人也许觉得，没有什么可以补偿现在未能观看的损失。

那么就增加演出的场次，或者将演出地点搬到能容纳所有人的地方，推出“创造财富式的供给 ”。这似乎也是难办的。歌星说，明天就要去另外一个城镇演出，那个城镇的歌迷也在等着他。而且，将演出地点移到能容纳所有人的地方，演出依赖的器材就会无法发挥令人满意的效果功能，这等于是所有人都无法观看像样的演出。因此，“创造财富”也不能作为首要的依据。

如此说来，似乎应该首先考虑“秩序”。“秩序”在此就是强调“先来后到”的意义，让人们在享受权利的过程中避免混乱的状态。可以发现，在目前这个小城镇，较好的办法之一便是首先让人们排队买票。这个办法没有否定每个人观看演出的机会，因为，想要得到票就要早点来排队，这就包含了“权利公平”的意思，“必须先有社会秩序才能谈得上社会公平”。[328]“社会秩序乃是为其他一切权利提供了基础的一项神圣权力”。[329]同时，这个办法还可以最大限度地满足观看的“需求”，这又在循序渐进地增加“供给”。

主张“秩序”优先的西方学者说，所以要这样考虑，就是因为“俗话说得好，我们大家都需要地球，我们大家都有我们谋求满足的许多愿望和要求。我们有那么多人，可是地球却只有一个。每一个人的愿望不断地和他邻人们的愿望互相冲突或重叠”。[330]这就如同“从一座起火的大楼里往外冲的情况。如果在这种情况下，秩序不能维持的话，那就只有少数人才能逃出来，而许多人会被踩倒。但是如果……对起火大楼里的秩序加以维持的话，那么就可以在最少的阻碍和浪费之下使很多人可以……得救”。[331]

这类考虑问题的推论是否可以成立，我们暂且不问。无论怎样，法律的一个颇为突出的价值期待的确在于“秩序”，有了“秩序”，似乎才能谈到其他东西。正像有人说的，“与法律相连的基本价值就是社会秩序”[332]，而“维护社会安安稳稳是实现法律其他价值的先决条件。假如一个公民不论是在家里还是街上，都无法相信自己是安全的，可以躲避别人的攻击和伤害，那么，对他大谈什么公平、自由肯定是毫无意义的”[333]。

083　安提戈涅悲剧和苏格拉底困境的另外一种解释

说到秩序，我们自然会想起在安提戈涅和苏格拉底的故事里，反对破坏人法的理由就在于这一点。

在埋葬亲兄弟的事情上，也许安提戈涅依照自己的意志来行动在道德上是有理由的，但是，在其他事情上，理由可能就不那么充分了，尤其在那些对于社会基本规矩至为重要的事情上，也许根本无法提出理由。假如克瑞翁的法令规定禁止盗窃，安提戈涅说，自己饥寒交迫所以为了生存不得不偷窃，那么，谁都会认为这样的理由是完全不能接受的。在这种情况下，谁能容忍以这类理由对抗人制定的法令？如果允许对抗，那么是否还存在基本的社会秩序？此外，有的时候我们还无法说清哪些理由是充分的，哪些理由是不值一驳的。在那些道德争执的“灰色”地带，人们都会坚持自己的想法，“毫不退让”，而谁也不能证明必须尊重这些理由而不是那些。在这种情况下，人们更会抛弃秩序而固执己见。所以，安提戈涅要冲破克瑞翁的法令，其结果当然会使这个法令带来的秩序发生动摇，所有人都可以寻找借口自行其是。

苏格拉底就慎重许多了，他知道，法律和许多人是有关系的。一个人也许遭遇了法律上的不公平的待遇，可是，这可能是大多数人受到“平等”待遇的一个必要代价。如果大家都遵守了一个法律，就算是在道德上不值得称赞的一个法律，这也将使社会有条不紊、秩序井然。

可以看出，在这一“反”一“正”的两个故事里，我们可以揣摩出另外一种解释：不论法律在道德上的好坏如何，法律本身总有一个优点，即它带来了一个秩序。一旦令行禁止，行动跟着有方有寸，社会就会整齐划一。无论是在克瑞翁的王国，还是在古希腊的雅典，那些法令或者法律兴许真是令人无法满意，可是它们毕竟能够带来一个清楚的规则模式，依照这个模式，人人就可能相安无事。有的西方学者

说过，“只要同样的规则能够普遍实施，至于这个规则的内容如何倒还是次要的……究竟我们大家沿着马路的左边还是右边开车是无所谓的，只要我们大家都做同样的事情就行”。[334]

此外，法律带来的秩序另外具有一些让人称道的优点：第一，人人都可以得到一个规则的指引，知道哪种行为是合乎规矩的，不会陷入无休止的“一种行为是否正确”的争论；第二，如果有人违反了规则，我们便可以得到一个明确无误的谴责甚至惩罚的理由根据；第三，根据这个明确无误的规则，谁都可以精明地预计自己行为的后果（符合规则会有什么结果，不符合又会怎样），知道怎样凭借规则达到自己的“效益”目的，这就无形中降低了茫然无知带来的行为失败的成本；第四，有了规则，像克瑞翁那样的国王或者古雅典“公民大会”那样的政府，就不能在统治管理的事情上“心血来潮 ”。这一点可能是最重要的，因为，它意味着人们熟知的“法治”，正如一位美国学者所说的：

……专制统治者是随心所欲并且根据一时兴起来颁布命令和禁令的。有一天，他判决一个人犯有死罪，因为那个人偷了一匹马；而第二天，他会判决另外一个盗马的人没有罪过，因为这个人在被带到他面前的时候讲了一个笑话故事。一个曾经受宠的下属可能突然发现自己已经身陷铁窗牢笼，因为，他在一次象棋比赛里赢了一个上司。一位声名远扬的作家或许横遭厄运而被钉在火刑柱上活活烧死，因为，他不过写了几句让统治者瞧着不顺眼的言辞。[335]

而法律本质上就是对专制权力的一种限制，……为了防止一个专制政府的暴政，法律控制了它的权力。[336]

小　结

谈到这里，我们就进入了另外一个法学的领域— —法律的统治。在这个领域里，我们将不再关心法律本身的含义如何，不再争论克瑞翁的法令有没有法律的资格，也不再争论古雅典的审判规则因对苏格拉底太不公正，是否就没有了法律的称号，而是闭着眼睛认为“法律”这个词的意思没有争议，直接用它来讨论其他问题。

应该注意，“法律”一词大概有两种用法，一是知性用法，二是感性用法。

知性的用法是说当使用“法律”一词的时候我们总要反省它的意思，比如，在考虑“克瑞翁的王国里法律是什么 ”“纳粹分子的法律效力是怎样的 ”“拿破仑的法律和印第安人的习俗、阿奎那时代的宗教以及古代中国的礼仪存在什么区别”的时候，我们一定要仔细体会 “法律”一词的含义。换句话说，不仔细分析“法律”一词的意思，好像就不能说清楚那些问题，这就如同不清晰明了“猫狗”词语的意思，就不能说清“猫狗和花草存在什么区别”一样。在前面若干章里，讨论“法律是什么 ”“恶法是不是法”之类的问题，就是在“知性地”使用法律一词。

感性的用法，则是说在使用“法律”一词的时候，我们不用关心它的意思，而是径直来用它说这说那。像谈论“古雅典的法律对苏格拉底不太公平 ”（不说“因为不公平就不是法律 ”）、“苏美尔人的法律历史悠久 ”、“古罗马有一个十二表法 ”，就是如此。这里，谈论者一般没有仔细体会“法律”一词的含义，而是简单地用它来讲其他东西。第一句就意在说明公平问题，第二句想说历史问题，第三句则要说在什么地方出现过什么法律。它们都没有解剖“法律”一词含义的意思。

现在，我们将“感性地”使用“法律”一词，比较一下法律的统治和人治，必要时将法治本身的真正含义分析剥离，看看西方学者在这两者上的各类说法。其实，赞同法律的统治和赞同人治是对法律的“优

劣”的一种最为根本的评价，这类评价，将导致对法律的一个最为根本的态度：人类社会应不应该制定法律。

第十三章　哲学王的统治与法律的统治：初次对话

084　法治的含义

什么是法治？哈耶克（Friedrich Hayek）讲：

撇开所有技术细节不论，法治的意思就是指政府在一切行动中都受到事前规定并宣布的规则的约束——这种规则使得一个人有可能十分肯定地预见到当局在某一情况中会怎样使用它的强制权力，和根据对此的了解计划他自己的个人事务。虽然因为立法者以及那些受委托执行法律的人都是不可能不犯错误的凡人，从而这个理想也永远不可能达到尽善尽美的地步，但是法治的基本点是很清楚的：留给执掌强制权力的执行机构的行动自由，应当减少到最低限度。[337]

19世纪英国法学家戴雪（Albert Dicey）也给出了一个同样的意思：法治至少包含了两层内容，一是个人应该“由法律来治理，而不能任由反复无常（即人的随意）来治理”，[338]二是没有人可以在法律之上。[339]

说起来，“法治”——法律的统治——这个词就像“法律”一样，真要追究得一清二楚的话，又是一个众说纷纭的东西。不过，它至少有一个意思是确定无疑的：政府或者统治者的一举一动要依循规则，让人们知道这些举动是从哪里而来的，以什么作为根据；而且，法律要具有最高的权威。在一般人看来，法治在今天其意义是不可争论的，它给人们带来了稳定、安全、秩序还有权利。然而，在古希腊，有人

倒不认为法治一定是正确的，他们认为自己发现了法治的各种问题，而且他们用人治的优点来对比法治的弱点，引发了一次重要的讨论。

085　法律的缺陷：无法实现真正的“相同对待”

政府的统治行为要有章可循，有案可稽，这般要求的目的之一，就在于实现对平民百姓以至所有人的“相同对待”。有人说，制定法律的目的之一便是实现“类似情况类似处理”。法律意味着一般规则，在一般规则的指引下处理类似的情况正是一种公平。

这话听起来是不错的，可是，在一般规则之下是不是真的能够实现公平的类似情况类似对待?

举例来谈。假设现在一条法律规定，偷窃他人财物500元者，一律处15天监禁并处罚款。现在有一个人甲，平时游手好闲，一天在邻居那里偷了500元钱；另一个人乙，因为母亲病重无钱医治，为支付药费而偷了杂货店500元钱；还有一个人丙，喜好读书，但是家境贫寒，无钱购买，便时有去书店偷书，没过多日已窃得价值500元的书。

怎样处理？依照法律规定，三人都要判处同样的监禁和罚款，而且，法律并没有规定特殊情况可以特殊处理。但是这种类似情况类似对待是否公平？显然，三人的情况是有所不同的，“类似对待”的确存在着一些不公平。有人会讲，为了解决公平的问题，可以将法律规定得再详细一点，比如，规定日常品行不良的人一律处罚重点，出于良好道德动机的人一律处罚轻点。许多法律正是这样规定的。

可是当你作出了新的规定以后，还会出现“不同”的问题。假如同样是出于良好道德动机，一个是屡犯，一个是偶犯，怎样处理？同样是品行不良，一个偷的是穷人的钱，一个偷的是富人的钱，穷人因被盗而痛苦不堪，富人却没有任何感觉，怎样处理？依照新的规定一律

处罚还是不公平的。有人会继续说，那就再把法律规定得详细一些。屡犯判得重点，偶犯判得轻点。偷穷人钱的人重罚，偷富人钱的人轻罚。

然而，这样规定后依然会有“不同”的问题。如果同是偶犯，一个曾有助人为乐的良好记录，一个过去平淡无奇，同样处罚就公平了？如果同样是偷穷人的钱，一个将钱用于自我消费，一个将钱用于赌博嫖娼……同样处罚不是还有问题？

可以想象，在规定之后总会出现新的“不同 ”，换句话说，“不同”的情况可以无穷出现，要是总依据不断出现的“不同”去丰富法律，法律必定有一天到了我们无法阅读的地步。显然，法律是不可能这样规定的，从古到今任何国家都没有这样规定过。可是不考虑这些“不同”，按照一般规则予以处理，又总会出现刚才说的不公平。

这就可以看出，在一般法律规则下似乎无法实现十足公平的同样情况同样对待。

所以，古希腊的柏拉图说：

……法律从来不能用来确切地判定什么对所有的人说来是最高尚和最公正的从而施予他们最好的东西；由于人与人的差异，人的行为的差异，还由于可以说人类生活中的一切都不是静止不变的，所以任何专门的技艺都拒斥对所有时间和所有事物所颁布的简单规则。[340]

……法律所要的差不多正是这种简单的规则，就像一个执拗无知的人不允许任何人做任何与他命令相左的事，以至于向他问一个问题也不行，即使是出现了比他自己制定的规则更好的东西，也不能允许。[341]

柏拉图是想提醒我们注意：如果法律总是不能实现“类似情况类似处理 ”，那么，以它作为根据的法治就是具有很多缺陷的。反过来，如果叫一个充满智慧的人来处理这些棘手的事情，“具体情况具体分析”，凡事就迎刃而解了。

086　法律解释的困难

大致来说，法律可以理解为一种一般规则。要把一般规则用在具体的事例上，有的时候就会出现令人头痛的解释困境。因此，不仅存在一个难以公平对待的问题，而且存在一个难以解释法律文本的问题。现在我们讨论一下解释法律文本的问题。

1964年，英国法院审理了一个棘手的刑事案子— —阿德勒诉乔治案（Adler v.George）。案情是由一个叫乔治的年轻人引起的。一天，这个年轻人在家里没有事情，就想去附近的皇家空军机场看看飞机日常训练。他轻手轻脚地爬过机场旁边的铁丝网和障碍物，然后，坐在机场跑道上观看天上的飞机。这时，一架飞机打算降落。

正当慢慢降落的时候，飞行员发现跑道上坐着人，不得不将飞机再次拉起飞向天空。虽然乔治的行为没有造成什么损失，但是，警察还是将他带走了，并且于几天后把他送上了法庭。

当时审理此案的法官叫帕克。开庭的时候，帕克一边按着一部叫作《官方机密条例》（Offic ial Secrets Act）的法律，一边翻阅着案件调查的情况说明。当检控官陈述完起诉后，帕克法官问乔治：“还有什么话要说？ ”乔治回答说自己的确受到惩罚。可是，乔治的辩护律师却说，乔治不应该受到惩罚，因为他没有违反《官方机密条例》的规定。

律师让帕克法官仔细阅读该条例第3条的规定，上面写着：“不得在禁区附近妨碍皇家军队成员的行动……”律师提出了这样一个意见：虽然军用机场毫无疑问是个“禁区”，乔治也妨碍了皇家军队成员的行动，但是，他当时不是在“禁区附近”而是在“禁区里”；条例第3条只规定了“在……附近”，没有规定“在……里”，所以依据这条规定是不能处罚乔治的。律师还提醒帕克法官注意，英国是个法治国家，法无明文不为罪。这样，帕克法官还真是为难了……

当然，最后帕克法官还是判决乔治应该承担刑事责任。他说，在通常情况下，必须将“在……附近”解释为“靠近某个地方”，但是在这个案子里，就应该解释为包含“靠近某个地方”和“在某个地方里”两个意思，否则，结果将是非常荒谬的。[342]

这个案子虽然是这样判决的，可是它还是说明，也如同我们在本书前面时常提到的，法律总会遇到解释的难题，最终还要靠人来解释才能加以解决。人们都说，法律的优点在于它的稳定性和明确性。可是，很多人并没有意识到，它的优点正是它的缺点。恰恰是因为它具有稳定性，不能朝令夕改，所以遇到特殊情况便无法随机调整；恰恰是因为它具有明确性，不能模棱两可，所以遇到未曾遇见的情形就难以灵活处置。

这就难怪柏拉图很久以前就认为，法律的缺陷之一又在于有的时候不得不对其进行解释，因为，立法者不论“是颁布成文法，还是依据不成文法的传统习俗宣示成规，他总是为多数人立法，而大体上只是粗略地考虑到个体”。[343]

087　“鲍西娅”的智慧

法律不大可能彻底公平地对待每一个人，而且，它本身总有解释的问题。这就容易让人觉得它不如人的智慧那样灵活。亚里士多德提过：

在我们今日，谁都承认法律是最优良的统治者，法律能尽其本旨作出最适当的判决，可是，这里也得设置若干职官——例如法官，他们在法律所没有周详的事例上，可以作出他们的判决。就因为法律必难完备无遗，于是，从这些缺漏的地方着想，引起了这个严重争执的问题："应该力求一个完备的最好的法律，还是让那最好的一个人来统治？"[344]

现在，我们看一个"支持"人的智慧的例子。

大凡读过莎士比亚作品的人，都知道《威尼斯商人》那个剧里，名媛鲍西娅可以说是出尽了风头，其中一段，就是讲了她如何使犹太人夏洛克就范于法网的故事。威尼斯仁慈的绅士安东尼奥，为了挚友巴萨尼奥与鲍西娅能够幸福地结婚，向犹太商人夏洛克高利贷款3000金币。莎翁说的那个时代，契约是绝对自由的，故而双方有一残酷的约定：如果安东尼奥届时不能还款，则割肉1磅以示惩罚。岂料，由于安东尼奥经营的货船迟迟不能赶到，高利贷款无法按期偿还。安东尼奥自知违约，便向夏洛克表示歉意，并且甘愿罚款3000金币。然而，这个夏洛克不仅得势不饶人，而且十分不善，一定要在安东尼奥身上割下那块肉方肯罢休。鲍西娅得知这一切后，便冒充名律师培拉里奥，写给法官一封信，称培拉里奥因事不能前来，特派一名年轻的律师上庭。信中还说，这名年轻律师见地非凡，不可小视。而鲍西娅则装扮成了这名律师。

在法庭上，鲍西娅首先声称：夏洛克的主张是完全合法的，安东尼奥提议的以"罚款"替代"割肉"是毫无意义的，契约上没有约定安东尼奥提议的办法。之后，鲍西娅向法官陈词：法院必须判决夏洛克胜

诉，因为，契约符合法律的规定，夏洛克有权在安东尼奥身上割下一磅肉，这是夏洛克应当得到的公道。夏洛克听到这个辩词后十分兴奋，盛赞鲍西娅是公正贤明的，并且拿着刀过来就要“履约”。可是，就在夏洛克将刀放在安东尼奥的胸前的时候，鲍西娅突然说道：且慢！威尼斯绅士的肉判给你了，然而他的鲜血并未判给你，契约上只讲到了“肉”，并没有讲到“血”；根据威尼斯的法律，契约的执行必须非常严格，如果在割肉的时候哪怕是流下了一滴血，你的财产就要充公；而且，在割肉的时候，既不能多一点也不能少一点，否则，同样要受到法律的严厉制裁。

夏洛克到了这个时候才发现自己已经处于了非常不利的境地，于是不断地向法院和安东尼奥恳求原谅，提出不执行契约了。但是，鲍西娅仍然抓住不放，说道：夏洛克必须执行判决，否则只能视为图谋伤害，如此，同样要受到法律的严惩；在威尼斯的法院，你要公道就一定给你公道，而且比你想要的公道还要公道！[345]

在这段戏剧中，我们可以发现，并不是法律奇妙地使正义“柳暗花明”，而是人的（即鲍西娅的）智慧使法律本身“柳暗花明”，从而实现了正义。威尼斯的契约法表面上看是没有生命力的，依照它来判决案件，只能实现夏洛克的愿望。因为，谁都能发现，在屠宰场买一磅活猪肉的时候猪身上当然是要流血的，而且，几乎没有可能丝毫不差地割下一磅肉。安东尼奥答应以一磅肉作为违约惩罚，自然暗含着同意流血和肉被割得或者多点或者少点。一般的契约法并不否认这些。但是，如何在必要的时候扬善惩恶、对付夏洛克这样的小人呢?

只能承认，在这里，鲍西娅既“公平”地对待了夏洛克和安东尼奥，又巧妙地解释了契约法。法律的不足恰恰衬托了人的智慧。我们可以再往深想一步，如果一个国家的统治者具有绝不亚于鲍西娅那样

的智慧，那么，为什么还要制定一个法律来让国家的统治者加以运用?

也许是出于这样的推论，柏拉图说:

法律的制定属于王权的专门技艺，但最好的状况不是法律当权，而是一个明智而赋有国王本性的人作为统治者。[346]

任何真正具有国王那样的专门技艺的人……我料想，他在任何时候都不会用我们称之为法律的文件在自己的路径上设置障碍。[347]

反过来讲，“对于优秀的人，把这么多的法律条文强加给他们是不恰当的。需要什么规则，大多数他们自己会容易发现的”。[348]

088　完人和绝对真理

治理社会的形式大致有三种：法治、人治和无为而治。如果不看好法治，自然会青睐人治或者无为而治。在古希腊那个时代，无为而治似乎是一个比较玄学的概念，所以，除少数人提到过“凡事要顺其自然”之外，大多数人没有想起这个概念。

柏拉图鼓吹人治，而且认为人治中最好的模式就是“哲学王的统治”。所谓“哲学王 ”，是说由哲学家或者精通哲学的人来当国家的统治者。哲学王是非常聪明的，上知天文地理，下晓人情世故，最为重要的是，哲学王掌握了普遍性质的管理知识。这类知识不同于“任何一种特殊的技能，比如说鞋匠、医生、军事家所掌握的技能。它必须是比这些技能更为一般化的东西，因为这种智慧的掌握是被认为能够使人有智慧地治理国家 ”。[349] 总而言之，一个国家的统治者应该是哲学家。柏拉图设想:

除非哲学家成为我们这些国家的国王，或者我们目前称之为国王和统治者的那些人物，能严肃认真地追求智慧，使政治权力与聪明才智合二为一；那些得此失彼，不能兼有的庸庸碌碌之徒，必须排除出去。否则的话……对国家甚至我想对全人类都将是祸害无穷，永无宁日。我们前面描述的那种法律体制，都只能是海客谈瀛，永远只能是空中楼阁而已。[350]

柏拉图将国家里的各类人大体分为三种：统治者、军人和劳动阶层。有趣的是，统治者被说成是金质的，军人被说成是银质的，而劳动阶层被说成了铜质的或者铁质的。人们“虽然一土所生，彼此都是兄弟，但是老天铸造他们的时候，在有些人身上加入了黄金，这些人因而是最可贵的，是统治者。在辅助者（军人）的身上加入了白银，在农民以及其他技工身上加入了铜和铁”。[351]经过这种分配，极少数的统治者更加理所当然地被捧在了社会金字塔的顶端。按照一种社会角色理论，就算国家的成员被分为统治者、军人和劳动者三个档次，有个金银铜铁之分，“统治者”“军人”和“劳动者”也不过是三个社会角色，任何具体的个人，比如柏拉图本人或者其他人，既可以成为统治者，也可以成为军人，又可以成为社会底层的一般劳动者。这就涉及了一个问题：如果想要成为一个哲学家式的统治者（哲学王），那么，怎样才能如愿以偿?

在柏拉图的设想中，一个具体的个人想要当上国家的统治者，有两点是必须要终日学习的：一是知识，二是道德。柏拉图的一个朋友曾在叙拉古当国王，十分仰慕柏拉图的才华，请他来教育自己的儿子小狄奥尼修斯——日后的小国王。柏拉图将自己的理论付诸实践，每天教授小狄奥尼修斯几何数学。为什么要教几何数学？这就不得而知了。不过，后来有的学者评论说，“在我们看来，坚持要以几何学教给叙拉古的僭主小狄奥尼修斯以便把他造就成一个好国王的这种事情，似乎是不智之举；但是从柏拉图的观点说来，这却是最本质的东西

”。[352]的确，柏拉图认为，几何数学可以锻炼良好的推论能力，这种能力，是认识真正存在的“普遍真理”和“终极善”的必要资质。当学好了数学，并且在这个基础上把握了普遍性质的学问的时候，可以说是已经把握知识了。柏拉图特别强调“普遍真理”和“善”是没有时间性的，而哲学王应该是最能理解“永恒善”的人。至于道德方面，则是一个潜移默化的涵养训练，有了知识学问的不断影响，道德水平将不成问题。

在这种哲学王得以成长的条件里，我们可以得到两个重要的信息：第一，成了哲学王也就成了完人；第二，哲学王掌握的是绝对真理。

如果一个人的确可以成为一个完人，而且手中又掌握了绝对的真理，那么，恐怕就没有理由不让他来统治一个国家了。完人是一个道德上的楷模，而且是一个充满智慧的管理专家。在是与非的问题上，他说的只能是绝对正确的。对他寄予厚望当然是社会政治的一个必然归宿。正是这样一种想象，使后来的不少学者开始推崇“开明的专制主义”。

不过，有一点应该略微作出说明。柏拉图主张哲学王的统治，是在一个自己想象的“乌托邦”里来展开的。在那个乌托邦——“理想国”里，一切都显得美妙但又是不现实的。另一方面，柏拉图也没有以为在“理想国”里法律是没有任何用处的，只是法律绝对不能，而且也不应该约束统治者。

089　柏拉图“人治”的问题

现在我们看看柏拉图的思想存在哪些问题。

先讲完人的设想。传说柏拉图在叙拉古的“哲学王”培养计划以失败告终。那个未来的小国王，对柏拉图的教育没有什么兴趣，并不像他的父亲那样对之敬佩有加。当然，兴趣不大也不是问题的关键；关键的是，小王子继位以后将柏拉图当作奴隶卖掉了，以此表示“哲学王”的计划是没有任何意义的。据历史记载，柏拉图遭到这个打击以后，心灰意冷，回到雅典开始反省“哲学王”的现实性：为什么把小国王培养成一个哲学家的计划那样不堪一击？不过，培养计划的失败，依然不能让柏拉图彻底怀疑完人的梦想。柏拉图的思维是怪异的，他以为，即使出现无数的失败例子，照样不能说明完人计划应该寿终正寝；相反，只要存在一个成功的例子，就应该认为完人计划仍然是明智之举。具体到为政腐败的问题上，他说：

这种哲学天才既已诞生，还会有人论证他们必定腐败吗？虽然我们也承认，使他们免于腐败是件困难事，但是有谁能断言，在全部时间里所有这些人之中就永远不能有哪怕一个人能免于腐败吗？[353]

在我们常人看来，叙拉古的“卖人事件”，至少表明对位居国家显赫位置的人的自我完善的期待不能过高。在那个位置上，只要出现过一个失败的例子，就足以叫人选择另外一套约束统治者的政治设计，而非统治者自我约束的完人梦想。因为，统治者的位置太重要了，他既可能做一件好事使国家受益匪浅，也可能做一件坏事从而误国、亡国。如果一名统治者没有显著的政治业绩，但是没有使国家陷入深重的灾难，那么，这也比今日兴国后日亡国那种“大起大落”来得叫人可以接受。毕竟在后一个结果中，我们看到的是最终灭亡。而且，在政治领域里，百分之一的腐败可能都将是后果严重的，也是人们不能容忍的。我们基本上会赞同英国哲学家罗素的这样一个说法：谁也不能保证，“一个政治家一定能把他的技术用之于公共的利益，而不用之于他个人的利益、或他的阶级的或党派的或宗派的利益”[354]；也会赞同康德对哲学王“蓝图”这样的微词：“国王竟然成为哲学家，或哲学家

竟然成为国王，这样的事情是不可能发生的；而且也是不可取的，因为权力的拥有不可避免地会贬低理性的自由判断”。[355]

相形之下，柏拉图始终是在期待“五百年必有王者兴”，而另外一条思路是并不抱有这类幻想。柏拉图的假定前提是人性善，另外一条思路则在提醒人性恶的问题。就国家管理而言，哪一个是现实的，结论是不难得出的。

现在讲一下“绝对真理”的问题。柏拉图特别喜欢使用的词汇就是“善”。他讲的这个“善”是个普遍性质的“善”。在社会政治的范畴内，“善”就是国家管理的“绝对真理”。为理解这一点，我们举例说明。

一般都会以为，不偷东西是一个具体善的事情。但是，这么一个具体善的事情，有时不一定是个“善”。比如，如果一个朋友因为遇到很大的挫折，心情忧郁并且准备使用一把小刀自杀，那么，不偷这把小刀恐怕就不是一个“善”；趁其不备将刀偷走，恰恰倒是为人称道的“善”。柏拉图自己也说过，不说谎是具体善的事情，但是“国家统治者，为了国家的利益，有理由用它来应付敌人，甚至应付公民”，[356]换句话说，这时说谎又是善的了。这是说我们可以反问：“在许许多多虔诚的东西里，难道没有一丁点不虔诚的东西吗？”[357]

正是因为不偷东西，不说谎是具体善的事情，所以它们有时不是善。具体善的事情总是个别特殊的，所以和普遍绝对的“善”本身是截然不同的。这就如同我们可以在头脑里想象一条完美无缺的直线，但是在纸上画出的各条具体的直线，却永远可能凹凸不平一样。

柏拉图说，对具体善的事情的认识叫“意见”，因为它会变化不定，而且也会错误；而对普遍绝对的“善”本身的认识才叫“知识”，因为它是永久确定的，是不可能错误的。哲学家正是要把握这种知识，

是“那些眼盯着真理的人”，[358]哲学王正是要掌握普遍绝对的“善”。手中握有普遍的“善”，在国家政治里，自然就可以成为绝对真理的代言人。所以，“对一般人来讲，最重要的自我克制是服从统治者”。[359]

如果讨论柏拉图“绝对真理”的问题，那么这里最大的问题是这种真理是不可证明的，因为没有证明的手段，而且它是一个彼岸的产物。你说这是普遍绝对的“善”，我说那才是，我们都无从证明自己所说的是绝对正确的。柏拉图宣称，在一个国家里“各尽所能、各司其职”就是天然的正义，也就是普遍的“善”。[360]木匠只应该做家具，鞋匠只应该做鞋子，教师就应该兢兢业业以教为本，不能另外思考生意或者从事政治活动，而奴隶就只能甘心情愿地做奴隶。但是，近代人和现代人大致以为，正义至少包括“平等”的含义，没有平等也就没有“善”的问题了。如果问：柏拉图，为什么“各尽所能、各司其职”就是正义？他只能回答：因为人是生而不平等的，有人天生就是高贵的，有人天生就是下贱的，有人就是“天性优秀”，有人就是“天性低劣”。[361]但是，近代人和现代人却完全可以认为：即便是生而不平等的，每个人依然可以拥有平等的机会，许多人不正是利用平等的机会从下贱到高贵，从低劣到优秀？找出“从木匠到科学家”“从奴隶到将军”的例子，是并不困难的。在这里，显然不能断定要么柏拉图是绝对正确的，要么近代人和现代人是绝对正确的。

柏拉图的推论是这样的：正是因为哲学王掌握了“善”的知识，所以，他应当具有绝对的统治权力。在哲学王的国家里，什么事情都是不可能错误的。但是，现在我们已经发现，“绝对真理”的绝对正确问题似乎并不是那么乐观的。如果“绝对”本身并不是绝对的，也有一个相对的问题，那么，所谓哲学王的统治也就可能是一种表面上“圣明”、暗中“擅断”的极权专制。越是认为只有自己是绝对正确的，越有可能缺乏反省的能力，从而越有可能实施独裁甚至暴政。我们虽然不

能像波普尔（ Karl Popper）那样直说，“在柏拉图的正义定义的背后，从根本上说，有着他对极权主义阶级统治的要求，并且他决定使之实现”[362]，但是可以赞同他的这番感慨：

哲学家国王这个观念真是人的渺小的碑石啊！他同苏格拉底的真纯和人道之间的差别是多么的远啊！苏格拉底提醒政治家要防止被他自己的权力、他的优越性和智慧所蒙蔽的危险，他还力图教给政治家以最重要的事情——我们都是易犯错误的人。从这个反躬自问的、理性的和真诚的世界下降到柏拉图的哲人王国是多么严重的倒退啊！哲人的神秘力量把他提升到凌驾于一般人之上，尽管不是高到足以无须使用谎言……以换取凌驾于他人之上的权力。[363]

090　再论法律的缺陷

柏拉图竭力推崇完人和绝对真理的概念，可以说是用心良苦。他试图用这套东西反衬法律的缺陷，从而让人确信，只有哲学王或讲“人治”才是政治首选。然而，不仅完人和绝对真理的概念有这样或者那样的问题，而且，法律的缺陷也不像他想象的那样让人感到遗憾。

在前面第085小节，我们分析了一下法律能否公平地“类似情况类似对待”，结论是：不大容易。柏拉图立即以此作为根据，批评法治，赞美人治。但是，尽管我们讨论在一个盗窃行为里可能出现游手好闲者偷、为母治病者偷、为书研读者偷之分……在游手好闲者偷里可能出现窃穷人和窃富人之分，在为母治病者偷里可能出现屡犯和偶犯之分……在偶犯里又可能出现过去历史光荣和过去平淡无奇之分……然而，法治所希望的“类似情况类似对待”，并不是彻头彻尾、天衣无缝的“类似情况类似对待”。姑且不说“类似”这个词本身就不是“完全一样”的意思，仅仅就这条原则本身来讲，如果两人都实施了偷窃行为，都是为母治病，又同是偶犯，只是一个是没有头发的，一个是有一点

头发的，便以为无法“类似对待 ”，那么，这就让人觉得可笑了。显然，正常人不会在没有头发和有一点头发之间去争论公平的“类似情况类似对待”，这种争论，显然是有些荒谬的。如果柏拉图的“哲学王”一定要在没有头发和有一点头发之间实现公平，那么，只能认为“哲学王”本身是没有真智慧的。

换句话说，人们肯定要在某些地方不断追究公平的“类似情况类似对待”，同时，又肯定不会在某些地方还继续这样做。这个道理，如同人肯定要吃某些东西又肯定不吃某些东西一样，简单明了，无可争辩。这或许就是人们在知道法律不可能彻底“相同情况相同对待”的情况下，依然选择法律的统治的一个重要理由。

我们再讨论一下法律解释的困难。

在前面讲过的乔治私闯皇家军用机场的案件里[364]，帕克法官的确遇到了一个小的难题。《官方机密条例》似乎制定得“太不严谨 ”，为什么在写了“在禁区附近”之后却忘了 “在禁区里 ”？虽然在这个案件里，就皇家军用机场而言，大家都会以为“在禁区附近”自然意味着包含了“在禁区里 ”，可是，日常语言规则也在告诉我们，“在… …附近 ”和“在 ……里 ”具有两个不同的意思。如果两个人约定在公园见面，一个人想到“在公园附近 ”，一个人想到“在公园里 ”，结局恐怕就是无法碰头，并且相互指责“没有信义 ”。这里是说，由于种种原因，法律显然避免不了“被人解释”的命运，解释起来又避免不了那么多的语义困难。

现在，我们提出这样一个问题：帕克法官能不能把《官方机密条例》解释为“在任何地方，只要妨碍了皇家军队成员的行动便处罚 ”？我们可以看到，那个条例说了“在禁区附近 ”，将它解释为包括“在禁区里 ”，也是完全可以讲出一些道理来的。第一，立法者在制定规则的时候，心里恐怕考虑的就是“不得在禁区里面或者附近妨碍军队行动

”；第二，“在禁区附近”的妨碍行为和“在禁区里”的妨碍行为没有什么实际性的区别；第三，这样解释，大多数人是会赞同的……

与此不同，将它解释为“在任何地方”就不行了。人们很难说出一个道理来。可以想象，立法者恐怕不会有“在任何地方”的意思，因为，在公园、商店、酒吧、俱乐部都有可能妨碍军队成员的活动，在那些地方妨碍了不会产生严重的后果；军队成员的活动不可能时时处处都是重要的军事活动。此外，即使这样解释了，也不会有多少人赞同的。

两个解释之间存在一个重要区别：前面一个大致来说是可以理解的，后面一个是不可理解的，而且也是不大可能的。这说明了什么？显然，它说明了：有法律规定和没有法律规定恐怕还是不一样的。在有法律规定的时候，尽管可以作出种种解释，但是总会而且有必要在一个范围里去解释；反过来在没有法律规定的时候，解释是没有范围的，而且更为准确来说也不会有一个解释的问题。谁都会认为，当有规则规定“只能在黑夜占用公共车道装卸货物”的时候，人们可以将傍晚和黎明解释成是黑夜，或者解释成白天，但是不论怎样却不能将中午解释成黑夜。规则在一般条件下，已经给出了一个大致的范围和方向。

现在，回到“法治”“人治”的问题上，可以看出，尽管人的智慧在法律解释的问题上显得灵活多变而且有时富有成效，然而，“硬性”的法律也不是一无是处的，它大体说了可以做什么、不能做什么，规定出了一个我们可以理解、可以说明的范围，就算这个范围是不太清楚的。

091　人性的弱点

柏拉图不认同法治，原因主要在于法律存在着某些缺陷；另外，他相信有朝一日完人是可以出现的。可是前面两个小节的分析，略微说明了无论指责法律的缺陷，还是相信完人可以出现，都不属于确定无疑的支持“人治”的理由。法律的缺陷，也许并不是那么令人担心的；完人的智慧，倒是的确让人觉得并不那么现实。

众所周知，亚里士多德是柏拉图的学生，亚里士多德虽然敬重师长，但是依然认为法律的统治才应当是社会政治的最高境界。他说：“法治应当优于一人之治。”[365]

亚里士多德以为：

……说应该让一个个人来统治，这就在政治中混入了兽性的因素。常人既不能完全消除兽欲，虽最好的人们（贤良）也未免有热忱，这就往往在执政的时候引起偏向。法律恰恰正是免除一切情欲影响的神祇和理智的体现。[366]

与柏拉图相比，亚里士多德特别不看好人的本性。针对柏拉图的“人治”理由，亚里士多德另有一番自己的见解：

任何技术，要是完全照成文的通则办事，当是愚昧的。在埃及，医师依成法处方，如果到第四日而不见疗效，他就可以改变药剂……从同样的理由来论证，很明显，完全按照成文法律统治的政体不会是最优良的政体。但……凡是不凭感情因素治事的统治者总比感情用事的任命较为优良。法律恰是全没有感情的；人类的本性（灵魂）便谁都难免有感情。[367]

这是在说，把政治管理的希望放在个人的身上，就等于将国家的命运压在了亦变亦幻的感情，而非严实可靠的理智上。即使法律本身有这样或者那样的缺陷，就像埃及医师手中的药方有的时候并不灵验

一样，它也比感情冲动的人治来得明确稳定。亚里士多德的潜台词是想讲述这样一个意思：法律的确是存在缺陷的，但是对照而言，它还是要比人治更为令人放心一些。我们做任何事都要贯穿这样一个纲领：要么两利相权取其大，要么两害相权取其轻。

讲到这里，应该点出，在亚里士多德的思想里，法治不仅胜过人治，而且法律本身就是人类兽性的“囚笼 ”。在国家统治者的身边设置一个法律的制约，将使社会政治更为安全。

092　权力的诱惑与腐蚀

柏拉图希望把国家权力交给哲学王的时候，并没有想到权力的诱惑和腐蚀。当然，哲学王的学识品行是没有任何问题的，权力的诱惑和腐蚀自然也就不是问题了。然而，亚里士多德的思路却恰恰相反，他认为哲学王是不可能存在的。于是，剩下的有感情或者“兽性”的真实个人，受到权力的诱惑和腐蚀几乎是必然的。

亚里士多德讲过这样一个“政体轮回”的理论：

远古时代，出现过许多像古雅典那样的大小城邦，这些城邦各色各异，但是有一点是相同的，这就是它们都选择了君王制。所以选择君王制，是因为像样的贤哲太稀少了，城邦自己也是地小人疏；另一方面，执掌大权的人往往对黎民百姓积有功德，百姓自然产生仰慕之心。后来，每个人竞相模仿的天性，使许多功名心重的人积极投身政治，角逐权力，这样又出现了立宪政体。然而，在立宪政体中，掌握权力的机会相对来说是比较少的，于是，腐败之风开始盛行起来。再到后来，腐败之风反过来又刺激了贪财的欲望，这又引发了寡头财阀政体。由于掌权者都是贪婪的，社会终于怨声四起，又引来了对新的

英明独裁专制的渴望……亚里士多德说："追溯这一系列变迁的原因就全在为政者凭借名位，竞尚贪婪……"[368]

概括来说，在权力的面前，不可能出现道德没有任何问题的哲学王，更不可能出现有毅力抗拒权力诱惑的一般常人。既然如此，运用法治而不是倚赖哲学王的出现，只能是唯一的选择。在这里，如果我们再说到鲍西娅的智慧如何惊人，这种智慧是如何不能由法律与之媲美，那么，亚里士多德一定会毫不犹豫地对我们说：鲍西娅即使聪明智慧，也毕竟是一个凡人；既然是凡人，在权力的诱惑和腐蚀面前必然是意志不坚的。

093　法治的要素：普遍的服从和良好的法律

人性的脆弱和权力的侵蚀，让亚里士多德深信法治胜于人治：

总的说来，做不公正的事情总是把好处多归于自己，把坏处少归于自己。所以我们不允许个人的统治，因为他可以为了自己而成为暴君，而要法律为统治。[369]

那么，什么可以叫作法治?

与前文里提到的哈耶克和戴雪不同，亚里士多德提出了一个在常人看来"非常容易接受"的说法："法治应包含两重意义：已成立的法律获得普遍的服从，而大家所服从的法律又应该本身是制订得良好的法律。"[370]罗素曾经这样评论亚里士多德的伦理学：其见解"往往总是当时已经因袭成俗的那些意见"。[371]我想，这种评论放在亚里士多德的法治理论上也是恰如其分的。自然，这样一个法治的论说，人们大致都是赞成的。谁都服从法律，不仅平民百姓，而且统治者也是如此，这当然是最佳境界了。而法律本身又是良好的，这更使人们深感放心。

本来，知道人性的脆弱和权力的侵蚀，应该导向提出法治的要义仅仅在于用规则约束“统治者”和平民百姓的结论。可是，亚里士多德凡事都想得“四平八稳”，力求人人都能接受，于是，“法治”的意思里又添上了一个“良好法律”的概念。兴许亚里士多德担心，不讲法律良好的问题，就有可能为专制的统治者利用恶法而大开方便之门。但是无论怎样，不妙的是，“良好法律”的概念尽管让人觉得“四平八稳 ”，可是实际上它包含了一个自我解构。

首先，我们可以注意“良好”这个提法。什么是“良好 ”？如果有人认为一部法律规定得十分完美，有人却认为还有很多缺陷，怎么办？有的时候，人们完全可能因为允许再婚纳妾、对婚外恋情不置可否的法律激烈地争论。这个时候，怎样断定“良好 ”？此外，随着时间的推移，以前以为非常良好的法律现在看来问题很多，这个时候怎么办？即使我们可以拿出一个“多数人”的标准，断定只有多数人的意见才能确定“良好 ”，对那些不同意者来讲，他们依然会固执己见。假如多数人不过是总人数的50.1%，而少数人却是49.9%，那么，少数人不就更会自行其是？在本书的前面几章里，我们讨论过法律好坏的问题，已经提示了这个问题的棘手复杂，并且说过，允许有人坚持一个 “坏法不是法律 ”（恶法非法）的观念，便有可能导致对法律秩序的不明智的破坏。于是，苏格拉底表现了“慎重”。

可是，亚里士多德在竭力主张法治并且不断说到“良好”的时候，早已将苏格拉底的言传身教[372]忘得一干二净。以为“良好”的概念，不仅可以使法治名副其实，而且可以使法治非常稳定。上面的分析表明，坚持“良好”的概念，实际上会使“普遍服从法律”非常难以实现。讲得清楚明白就是：如果想要一个法律的“良好 ”，就难以实现对法律的“普遍服从 ”。“良好”的想法避免不了解构“普遍服从”的想法；反过来说，“普遍服从”的想法避免不了解构“良好”的想法。

094　一般规则和自由裁量

谈论对法律的普遍服从，意味着必须存在一个普遍的一般规则。在不知道自己的行动对不对的时候，就依照规则来衡量一下。可是，话是这么讲，前面我们还是说过一般规则总会存在着一些缺陷，而柏拉图正是以此来否定法治，主张人治。那么，亚里士多德是如何解决这个问题的?

一般规则虽然存在着缺陷，但是它却可以提供一个大致的方向，因而我们容易想到，可以在这个大致的方向里灵活处理，就像在前面的乔治私闯军用机场的案件里，帕克法官可以把“在……附近”灵活地解释为“在… …附近和在… …里”一样，这里，没有超出大致方向的范围。但是，亚里士多德并不以为这样就行了。他提出了一个公平（epieikeia）的概念，说这个概念表示，如果法律解决不了问题，就对法律进行补正的意思。[373]他是想说，不管是在“大致方向”里还是在其外，都存在一个灵活处理的问题。

现在，看一个阿奎那说过的例子。

假设有一个城市被敌人包围了，如果不紧闭城门，便可能被敌人偷钻空子攻打进来。这样，城里人颁布了一项法令，规定不论在白天还是黑夜城门都必须紧锁，任何人不得出入。可以理解，这个法令是为了城里每个人的安全。不这样规定，可能人人都会危在旦夕。但是，现在有一伙敌人正在追击几个对城市安全至关重要的本市居民，如果不开城门放人进来，对城市的安全将是非常有威胁的。怎么办? “在这种情况下，显然应当打开城门，这虽然违反法律的条文，却照顾到那个立法者所注意的公共幸福”。[374]

在这个例子里，就不存在一个在规则大致方向里灵活解决的问题。打开城门，是对规则的彻底突破，虽然这并不违背立法者人人安

全的目的设想。阿奎那解释说，“统治者……正是为了应付这样的情况才有权不去执行法律的。……因为需要临头无法律”。[375]

对阿奎那的“城门难题”及其解决方式，亚里士多德能够想到的话，一定会表示赞同的，尽管历史事实是阿奎那的想法恰恰来自亚里士多德本身。亚里士多德断言：

既然立法者说了一些笼统的话，有所忽略和出现失误，那么这些缺点的矫正就是正确。如若立法者在场，他自己会这样做；如若他知道了，自己就会把缺少的规定放在法律中了。所以公平就是公正，它之优于公正，并不是优于一般的公正，而是优于普遍而带来了缺点的公正。[376]

讲到这里，我们可以指出，正像亚里士多德非要在提到“普遍服从法律”的时候提到一个“良好法律”的概念，最后导致自我解构结局一样，在一般遵守法律的前提下允许个别突破，尤其是规则大致方向之外的突破，也将导致另外一个自我解构。

在上面的“城门难题”里，我们还可以设想这样一些特殊情况：第一，有一个居民患有一种特殊的疾病，这个城市的医生无法诊治，后来，人们知道另外一个城市才有医术更高的医生，这时候，能不能打开城门将病人送往另外一个城市？第二，城市坚持数月后，虽然不是弹尽但是已经粮绝，能不能打开城门，派人去其他地方寻找救兵、运送粮草？第三，由于敌人日夜攻打，伤员日渐增多，而药物几乎用尽，这时候能不能打开城门派人索取药物……

对这些特殊情况，亚里士多德肯定会认为应该个别处理。

而如果真是这样，困难的问题就出现了：那些所谓的特殊情况谁也不会想象到底有多少，如果这个数量是无穷的，就意味着“个别处

理”的数量是无穷的；而如果可以无穷地个别处理或说“突破规定”，那么，我们就再也不能断定一个“法律的一般遵守”是存在的，因为，谁也不能说清楚究竟“遵守”的数量多还是“破例”的数量多。假如“破例”的数量是多的，就只能说是“一般破例”而非“一般遵守”。这样看来，允许个别处理，终有一日会瓦解“一般遵守”。想必亚里士多德并未想到这个问题的奇妙。

另外，允许特殊情况特殊处理，还有可能引发法治原有的一些优点的丧失。我们都说，正是因为存在着法律的明确性和可预测性，法治才是令人满意的。知道法律是怎样规定的，就等于知道自己应该做什么，而且不用担心这会引起什么无法预知的结果。相反，允许不断个别处理，那么没有人可以猜测新的特殊情况将会怎样处理。比如，谁能知道，一个根本不想在上面那个城市里居住的居民是否可以开门出城？一个居民的父亲客死他乡，这个居民是否可以开门出城奔葬？敌人中个别人想站在被困城市人民一边，是否可以开门迎接？到了这时，法治的优点已经看不见了。孟德斯鸠也说，出于某种公正感，人们总以为有责任避免僵硬的法律，“可是这一种挽救方法是新的弊病”。[377] 而哈耶克也表达了这样的担忧：“……要使法治生效，应当有一个常常毫无例外地适用的规则，这一点比这个规则的内容为何更为重要。”[378]

当然，尽管亚里士多德的“酌情处理”理论存在着许多问题，其对后来的某些思想家依然产生了深远的影响。洛克就曾基本上接受了这个理论，他说：

因为世间常能发生许多偶然的事情，遇到这些场合，严格和呆板地执行法律反会有害（例如，邻居失火，不把一家无辜的人的房屋拆掉来阻止火势蔓延），而一个人的一桩值得嘉奖和宽恕的行动由于法

律不加区分，反而可能受法律的制裁，因此，统治者在某些场合应当有权减轻法律的严峻性……

这种并无法律规定、有时甚至违反法律而依照自由裁处来为公众谋福利的行动的权力，就被称为特权……对于一切与公众有关的偶然事故和紧急事情，都不可能预见，因而法律也不可能都加以规定，而且，如果所制定的法律对于一切符合规定的情况或所有人都严峻不苟地加以执行，也不可能不造成损害；所以，对于法律所没有规定的许多特殊事情，要留给执行权以相当范围的自由来加以处理。

这种权力，当它为社会的福利并符合于政府所受的委托和它的目的被运用时，便是真正的特权，绝对不会受到质难。[379]

小　结

在许多人看来，柏拉图的理论是人治理论的象征，而亚里士多德的理论是“法治”理论的象征。大体来说，这样定位没有什么不合适的地方。不过，亚里士多德的理论一经分析，便会使人发觉其中隐藏了“人治”的阴影。不奇怪，亚里士多德的理论来自批判柏拉图的哲学王，而哲学王来自批判法律的缺陷，法律的缺陷又提醒人们不得轻视人的自由裁量（酌情处理）的智慧，最后，在自由裁量里面，就有“人治”的因素了。

应该承认，假如的确存在柏拉图想象的无所不能、无所不知的哲学完人，而且，他手里的“真理”是绝对正确的，那么，“人治”自然是最佳的选择。但是，我们除了看到柏拉图培养“哲学王”计划的流产和历史上无数的总是存在缺陷的君王之外，并没有看到这么一个完人，这么一个绝对正确的“真理 ”。所以，人们又不得不回头再去寻找法治的道理，不把希望放在没有希望的“人治”上去。

第十四章　开明专制与权力制约的法治：再次对话

虽然法治是比较理想的，可是，法治理论里面还有一个我们不易觉察，而且亚里士多德也无暇顾及的问题：如果法律是人制定的，那么，制定法律的那个人是不是不可能受法律的约束？在安提戈涅的故事里，国王克瑞翁制定了不得埋葬波吕涅刻斯的法令，根据这项法令，安提戈涅和其他臣民都要受到法律的约束，可是克瑞翁呢？假如克瑞翁一天动了恻隐之心，突然发觉外甥死得悲惨，[380]不下厚葬自己心灵便无以平静，决定亲自主持葬礼，这时候法律是否要约束克瑞翁？

有人可能会认为，当然是要约束的。

但是，怎样约束？法令是克瑞翁自己颁布的，既然可以自己颁布，当然可以自己废除，自己废除了还有自己约束自己的问题吗？此外，在克瑞翁的王国里，克瑞翁颁布法令所以有效，大体上是因为克瑞翁拥有了国王的权力；而权力就意味着别人不服从的时候，可以惩罚别人。可是克瑞翁自己不遵守的时候，谁来惩罚？

可以发觉，如果认为法律是某些人制定的，那么，在这些人身上谈论亚里士多德式的法治就是有问题的，甚至是非常不妙的。所以，在阿奎那的书里，我们看到古罗马人的另外一些法治和人治的说法。罗马人讲：

就法律的约束力而言，一个君主的地位是超过法律的。这是因为谁也不能为其自身所拘束，并且法律的约束力只能起源于君主的权

力。所以，据说君主的地位就超过法律，因为如果他违犯法律，谁也无法对他宣告有罪的判决。[381]

阿奎那特别解释说，这见于古罗马《罗马法典》的第1篇第3章第31节。[382] 有意思的是，在同一法典里还有另外一个讲法：

罗马皇帝狄奥多西和瓦伦蒂尼写信给地方长官沃鲁西亚努斯说："如果君主自己承受法律的拘束，这是与一个统治者的尊严相称的说法；因为甚至我们的权威都以法律的权威为依据。事实上，权力服从法律的支配，乃是政治管理上最重要的事情。"[383]

第一个讲法是说人治，第二个讲法是说法治。

095　开明专制：重温哲学王

罗马人的"人治"一说，要点在于这样一个观念：其他人都要遵守法律，而立法者就没有遵守法律的问题。表面上看，这和柏拉图的说法大同小异，不过，柏拉图论证的思路与罗马人是不同的，他想的是"利弊"问题，而罗马人想的是"可能不可能"的问题：既然立法是由人来决定的，立法者当然不能受到法律的约束，这与人治和法治的利弊是无关的。

说起来，罗马人的观念是在欧洲中世纪后期才日渐盛行的。[384] 那个时期，在政治上，最为引人注目的是一些世俗的独立、主权和民族的国家的出现。这些国家的当权者，特别希望推翻中世纪的教会势力，试图在国家之内排除神学的全方位的控制。马基雅维利在那个时期，就已经开始为世俗国家的君主权力提供理论上的支持论据，主张世俗帝王的至高无上，并且说为了国家的强大统一，被统治者只能完全服从国家的政治权力。至于君王本身，既要扮演狐狸的角色，又要扮演狮子的角色，这里的意思是说，君王"必须是一只狐狸以便认识陷

阱，同时又必须是一头狮子，以便使豺狼惊骇”。[385]不仅如此，君王还应该紧紧掌握实力（军队），来为良好法律构筑强而有力的基础。[386]

世俗王权的兴起，以及马基雅维利的“王权”学说，刺激了17世纪人们对世俗法律的特别崇拜。这种崇拜，自然使人将柏拉图和亚里士多德争论的“利弊”问题抛在了脑后。反过来，人们总是想到世俗法律出自君王之口，想到古罗马查士丁尼所说的“凡君王所希望的便具有法律效力”这一经典表述，[387]从而又记起了罗马人的法理观念，发现在那里面，罗马学者对人治和法治的关系早已看得十分清楚。

17世纪的霍布斯是我们不断提到的一个重要哲学家。1651年，他写了一本叫作《利维坦》的闻名之作。正是在这本书中，霍布斯又把罗马人的观念仔细地重温了一遍，取其精华，终于使其成为西方法律思想的经典理念。《圣经》故事里，讲过一个力大无比的巨兽，这个巨兽的名字叫起来十分接近“利维坦”三个字的发音。于是，霍布斯就用它来作书名，意在比喻无所不能并且强而有力的政治国家。

在国家里，有一个握有绝对权力的主权者。而就真正的国家法律来说，主权者又是绝对的。像边沁和奥斯丁一样，霍布斯特别喜欢“法律是命令”的概念，好像法律就是一个军队上司对下属发布的命令，如果不服从，便会“就地正法 ”。这个“命令”概念是想表明这样一个看法：要使法律令行禁止，就必须具备一套惩罚的机器，而惩罚的机器又必须由人来执掌，执掌人只能是命令的颁布者，他不可能也无须接受别人的命令。此外，法律表现了命令者的意志，既然表现了他的意志，自然也就没有约束他的问题。还有一点，“不论是谁，要是认为主权过大，想要设法使它减小，他就必须服从一个能限制主权的权力，也就是必须服从一个比主权更大的权力”。[388]换句话说，要想减弱权力，就必须存在新的权力。所以，“……将法律置于主权者之上，便同时也将一个法官和惩办他的权力当局置于他之上，这样便造成了一个

新的主权者；由于同一理由，又可将第三个人置于第二者之上来惩罚第二者，像这样下去，永无止境……”[389]

这些说法加上罗马人已经讲过的那些理论，我们就看到了霍布斯的这段言语：

国家的主权者不论是个人还是议会，都不服从国法。因为主权者既有权立法废法，所以便可以在高兴时废除妨碍自己的法律并制定新法，使自己不受那种服从关系的约束；这样说来，他原先就是不受约束的……而且任何人都不可能对自己负有义务，因为系铃者也可以解铃，所以只对自己负有义务的人便根本没有负担义务。[390]

虽然在这里霍布斯闪烁其词地提到了“议会”主权者，可是在他的真实想法里，还是主要想说君王之类的少数个人。议会总和平民百姓有着联系，而平民百姓又是没有主见的，喜欢争论，缺乏统一一致的理性。[391]在一个人，比如君王身上，问题就会简单明了，因为他不会和自己争吵不休，如此，在“法律中就不容易产生矛盾；纵使有矛盾发生，由于同样的理由也能通过法律的解释和修订予以消除”。[392]在看好精英个人而不看好普罗大众这个爱好上，霍布斯与柏拉图可以说是不谋而合。而看好精英个人的理性，更使霍布斯特别强调主权者个人不受法律的约束。

可以看出，霍布斯试图在学理上彻底地粉碎亚里士多德式的“法治”神话。法律如果就是由人来制定、颁布的，那么，就不可能实现所谓的“普遍服从”，总有一部分人，尤其法律的制定者，永远是在法律的约束之外。说到这里，如果我们联想开始几章讲过的“法律是什么”的问题，我们就会发觉这里的复杂性：对“法律是什么”作出怎样的回答，可能影响对“法治”的基本看法。假如认为法律不单是主权君王的命令，它还包括了习惯法等不成文法[393]，那么，就有可能得出不同于罗马人和霍布斯的“人治”概念，就会以为，只要人们哪怕是主权

者服从了习惯法等不成文法，“法治”照样可以加以推行。如果不认为法律是一种命令，而是像哈特那样，认为法律的存在特别依赖我们的“积极态度”[394]，法律不仅讲义务而且讲权利和权力，那么，就不存在主权者被迫约束自己的问题。因为，主权者对法律总会具有“积极的态度”，认为遵守义务是应该的，享受权利和运用权力更是应该的，“法治”自然而然就不成问题了……在此，对法治和人治的看法，有时依赖我们对一般法律概念的理解。当然，这里过于复杂了，我们点到为止。

回到霍布斯的说法上。霍布斯相信，主权者在法律上的发言权是绝对的，故而奢谈对主权者的法律约束是非常幼稚的。那么，是不是主权者可以为所欲为?

当然不是。霍布斯明确地告诉我们，在主权者制定出来的法律旁边，还有一类自然法（natural law）的存在，自然法大致说来就是道德指南。主权者在立法的时候，肯定不能不顾一般臣民的利益，不能让他们的生计每况愈下，也不能让他们仿佛生活在危险的环境中。[395]这些自然就是自然法的基本要求。虽然主权者的法律可以确定是非公正，“没有共同权力的地方就没有法律，而没有法律的地方就无所谓不公正”，[396]但是，将自然法弃置不顾的世俗法依然是邪恶的。“良法就是为人民的利益所需……的法律”，否则“便不是良法”。[397]

主权者掌握权力的方式就是运用法律，自然法正是对这种方式的一个理性约束。就这点来说，可以认为，如果柏拉图将统治者的希望寄托在“哲学知识”上，那么，霍布斯是将其寄托在“伦理知识”上。不过，无论怎样，自然法的约束也没有像世俗法律那样显示了令人畏惧的强制性；在自然法的身上，并不存在一个具有威胁性的暴力。于是，一国之主对自然法的尊重，便完全仰仗他自己的良知克制。在这里，霍布斯仍旧显示了对“开明专制主义”观念的积极肯定。正如有人

所讲的，霍布斯这样的哲人与众不同的设想特别在于这样一种期待，这就是，应该在英明君主的“智慧和自制中发现自然法得以实现的最终保证”[398]。

到了这一步，霍布斯可以说与柏拉图殊途同归：等待“哲学王”。

096　阿诺德案

霍布斯的观念与文艺复兴那个时期的国家崛起和王权学说存在着密切联系。可以认为，正是文艺复兴的人文精神和世俗关切，营造了霍布斯理论崭露头角的学术背景和时代氛围。不过，假如我们真是认为“时势造英雄（包括学术精英）”，那么，有时就得承认“英雄造时势”。在后来的18世纪，霍布斯的学说风靡欧洲，使那些世俗君王更是以为，法律必须是自己的手中武器，而自己总是公平正义的最终化身。

在前面第041小节提到过的腓特烈大帝，正是这种观念的一个例子。

腓特烈是18世纪普鲁士邦的传奇人物，欧洲历史的撰写是一定要提到他的。就是这个普鲁士君王，亲自干预了1779年一桩案子的审判，不仅改变了案子主角阿诺德的命运，而且使审案的法官知道了什么才是君王的“法律”威严。

阿诺德是个小作坊业主，当时的普鲁士邦水磨坊手工业兴盛，用水渠的移动溪流作动力源，所以，阿诺德租借了一块土地挖渠引水启动磨坊。本来生意算是不错的，因为成本较低，水流毕竟是一个天然动力，岂料，磨坊附近不久就来了一个养鱼户，养鱼户专养池塘鱼，而池塘也需要移动的溪流替换池水，这样，养鱼户在没有和阿诺德商量的情况下，就在阿诺德水渠上切开一处，将水分流。说起来，如果

池塘和磨坊的地势一样高是不会产生什么问题的，可是养鱼户专门挑选了一个低洼地段建造池塘，“水往低处流”，结果是可想而知的：阿诺德的磨坊无法转动了。磨坊停转，生意也就无法维持下去，从此，阿诺德的收入迅速减少，就连土地租金都无法缴纳。这时候的地主不由分说，将阿诺德起诉到了法院，告他拖欠租金。阿诺德说，作为一个地主应该阻止养鱼户开渠分流，明知分流会造成磨坊的损失，还对养鱼户的行为不加阻止，显然其应该自己承担租金损失。但是法院却认为阿诺德是没有道理的，遂判地主有权变卖磨坊折抵租金。法院说，这案子仅与租金有关，欠租就要还租，不能还租就要拿别的财产折抵。至于养鱼户开渠，地主失责，那是另外一个法律关系，与租金没有关系。没过几日，磨坊就让别人买走了，阿诺德变得一无所有。[399]

案件的判决看上去有一点不妥当。当时许多人就议论：这样判决是不合适的，起码应该讲清地主是否有责任才对。这些议论，不久便传到了腓特烈的耳中。腓特烈知道后立即调卷查阅，倾听各方意见，最后断定案子的判决是错误的，随即下令对审理该案的法官提起刑事诉讼，声称：阿诺德案这样判决属于玩忽职守。但是，负责审理刑事案的法官却以为，这个案件里的法官没有过错，这样判决并没有冤枉阿诺德。更为令腓特烈恼火的是，审理刑事案的法官居然当庭宣判被审法官无罪。腓特烈于是二话不说，将审理刑事案的法官一一撤掉并予以罚金，接着，下令为阿诺德翻案：第一，磨坊买主立即退还磨坊给阿诺德；第二，受罚法官支付的罚金用来补偿磨坊买主；第三，拆毁养鱼户分水渠道，恢复水磨坊正常供水。[400]

至此，案子算是彻底解决了，阿诺德如愿以偿。

这桩案子显示了君王主权者在法律上的绝对权威。在霍布斯那里，绝对权威只是就立法而言的；而腓特烈还直接将其放到了司法过程之中，如此这般，便将霍布斯的观念发挥到了极致。

097　立法和司法的分开

腓特烈大帝是十分成功的，不仅在世时声名显赫，而且死后也是留名青史。这么一桩案子，实在是叫那些主张用法律制约君王权力的人深感不解。有学者甚至承认：它绝对是个说明在明确的法律审判造成不公平的时候，君王干预显然必要的例子。[401]

当然，遵循亚里士多德思路的学者终究对此不以为然。他们认为，这类例子还可以举出一些，然而那总是少数的，多数的君王叫人不敢恭维。就拿腓特烈本人来说，他也有做错事的时候，所以还是要用法律来制约君王的活动，宁可让其无所作为，也不能让其铸成大错。

如何制约?

可以发觉，“法律制约君王”这种提法是非常笼统的。如果法律制定出来了，但是它却说腓特烈有权干预司法审判，可以在阿诺德那样的案子里作出自己的决定，那么，法律制约的意义也就没有什么了。就算法律规定设置了种种限制，使腓特烈不得干预法官的审判活动，不得直接自己决定阿诺德这样的案子，那么，总得有人断定腓特烈是否遵守了法律。所以，西方有的学者将我们的视线引向这里：分开立法和司法。如果将司法从立法中分立出去，就会出现“旁人”来断定一般平民甚至君王是否依照法律规定做事了。这是提醒我们注意，将立法和司法分开，法律制约也就比较实际了。

在阿诺德案件里，最为显眼的是腓特烈将司法终审权握在自己的手里。应该说，那个时代的普鲁士邦法已经是由腓特烈来制定的，起码所有的法律都要由王权制定宣告。既然如此，为什么还要紧紧握住司法终审权？不奇怪，腓特烈担心司法者可能通过微妙的司法审判方式— —比如司法解释— —将普鲁士邦法改变原有的意思，到头来使他

的立法权力形同虚设。所以，大凡重要的场合就要过问司法。有人可能会有这样一个观念：立法者过问司法是在情在理的，因为，司法总要严格依照立法者的意思去办才对，而立法者自己来审判当然会使自己的意思贯穿始终。依此观念，对腓特烈就不能提出批评了。

但是，假如腓特烈并不总是像在阿诺德案里那样公正贤明，而是有的时候糊涂不清，有的时候甚至凭借自己的权力肆意篡改法律原意（觉得法律已经碍手碍脚），那么，结果又会怎样，这比司法官员使法律大变其样能够好到哪里？我们想问题，不能总是往好的方向去想，还要往糟糕的方向去想。如果腓特烈的确肆意篡改了即使是自己制定的法律（他完全可以凭借权力这样做），为了自谋私利不顾法律的明确意思，那么，他就是在用法律之名，行"独裁"之实。我们便不会认为这里边还有什么"法律"问题。"只要有人被认为独揽一切，握有全部立法和执行的权力"，那就不存在什么法律的裁判者了。[402]所以，为了维护法律的稳定性和明确性，不仅要限制司法篡改法律的本意，而且要防止立法者自我"改变"法律的本意。换句话说，在这里不仅要警惕法官，而且要警惕立法者。

此外，还有可能出现这样的情况：有的时候像腓特烈那样的主权者和一般平民发生了纠纷，从法律的明确规定来看，似乎是腓特烈没有理由，这时候，如果容许主权者自己来担任司法审判官，谁能肯定结果是公正的？两个人发生争论的时候，我们都会认为应该由第三者来作出裁断，那么，在政治社会里，这不更应该是起码的要求？洛克讲，就自然法而言，"如果没有专职的法官，人们由于情欲或利害关系，便会错误地加以引证或应用而不容易承认自己的错误……在每人都是……他自己案件的裁判者、解释者和执行者的情况下，尤其是这样"。[403]其实，如果真是允许君王来裁判自己和平民之间的纠纷，人们就会"忐忑不安"。

最为重要的是，“……如果同一批人同时拥有制定和执行法律的权力，这就会给人们的弱点以绝大诱惑，使他们动辄要获取权力，借以使他们自己免于服从他们所制定的法律，并且使他们在制定法律和执行法律时，使法律适合于他们自己的私人利益……”[404]

这就不免需要人们注意这样一个意思：分开立法和司法。宁可冒有司法篡改立法的风险也要如此，因为，兴许最为容易遇到的是立法者兼掌司法带来的专断，而不是司法者篡改立法规定带来的麻烦。

098　法官的“独立王国”

将立法和司法分开，意味着人们常说的“司法独立”，而司法独立就是让法官这个社会力量在法律世界中建立一个“独立王国”。有趣的是，不仅在道理上可以这么谈论主张，而且在历史上，我们看到法官群体就是这么做的；更为有过之无不及的是，在英语国家里法官还推出了一批又一批的“法官制定的法”——判例法（case law）。

1066年，法国诺曼底人在威廉一世率领下，跨过英吉利海峡，登上英格兰岛，开启了诺曼王朝。诺曼底人认为当地盎格鲁-撒克逊人分散而又零乱的各类习惯法不利于政治统治，便由皇家派出巡回法院进行巡回审判。但是，当时威廉一世没有制定完整统一的君王法令，法官只好依照自己的法律观念，在诺曼底人习惯和当地习惯之间选择甄别，然后即时宣判。令人回味无穷的是，巡回法官都有一个爱好，这就是特别喜欢在伦敦聚会谈法、切磋交流，并且相约日后但凡遇到类似的案件，便依照以前法院的判决统一处理。于是，这就慢慢形成了一套举世闻名的判例法——普通法。

判例法的要点在于“遵循先例”。这是说，只要以前一个案件的审理提供了一种判决结果，后来的类似案件的审理就要与之相同。这个

要点是十分关键的，因为，所有法官都要尊重以前法官的“看法”而不是君王的“看法 ”。在法官的眼里，明确肯定的法律不是出自威廉一世这样的主权者之口，而是出自法官之手。即使到了后来有“英国查士丁尼”美誉之称的爱德华一世时期，不列颠出现了议会立法，大量制定法（ statute）从此不断涌现，法官还是习惯并且喜欢通过判例来适用立法的规定，有的时候甚至只认判例不认立法，当立法中“包含的各项原则只有在判例中予以实施、再提出并发展后才为英国法学家所完全承认，并真正纳入普通法体系”。[405]

这就是专家常说的法官立法了。法官自己订立法律规则，不仅使法官群体在君王议会主权者那里拿走了部分的“立法权力 ”，而且，使他们逐步形成了对抗制约君王议会权力的均衡势力。当君王议会试图唯我独尊、擅断专制，并且侵犯一般公民权利的时候，法官时常可能这样说道：“慢着，那是普通法的领域，一切以法官订立的规则为准！”即使君王议会强行运用立法权力，发布敕令或者立法来要求法官依照立法审理案件，法官也能通过弹性的法律解释方法静悄悄地运用“法官法”的原则精神，使其不知不觉地失去效力。17世纪，英国著名法官科克（Edward Coke）已经断言，法官法是不容更改的自然理性原则的体现，控制议会法令是理所当然的，而且，违反“公共权利和理性”的议会立法，本身就只能被法官视为无效的、失灵的。[406] 实际上，英国法官在那个时代早已不客气地公开宣布自己是法律的最终权威，并且和君王议会发生了冲突矛盾；而科克本人，也“被认为是普通法的象征和王权的对抗者”。[407]

这段英国历史，不仅要分开立法和司法，而且要司法制约立法。从此，人们便得到一个切开立法司法的历史参照系。美国学者萨拜因（George Sabine）就说：“在英国，国王与执行不成文法的法院之间……的争端，使权力分立问题有了实实在在的重要性。”[408]

099　亚里士多德式法治的“背后”

显然，可以提出许多“立法与司法应该分开”的理由，不列颠皇家法院的“遗产”也为这个理由提供了辅助支持。当然，皇家法院的所作所为，也有“矫枉过正”的地方。比如，我们肯定会发现，那种法官法本身就是悄悄地将立法司法再次合二为一。法官一边判决，一边订立规则，自己既扮演了君王，又扮演了钦差。但是，对这里的主题而言，这还是一个次要问题。我们仅仅需要记住，法官阶层毕竟可以作为一个独立力量站在君王议会的旁边，自在自为。

有了这些，我们再重新理解一下亚里士多德法治理论的实质。

亚里士多德强调人性的脆弱，故而竭力主张法律的统治。但是，法律尤其是文字化的法律条文大致来讲是种规则，它是一个摆在那里没有生命的东西，没有人在那里掌管操作，恐怕就是一纸具文。中国古人早就说过，“有治人，无治法 ”[409]，“守天下之法者莫如吏”[410]，这里的意思是讲，法律运行的内部始终还是一个“人”的问题。没有人或官吏在那里适用、管理，法律统治就是纸上谈兵。这种见解可以说切中要害。其实，有人违法盗窃，就要有人出来抓捕判刑；有人主张财物划归自己才是合理合法的，就要有人出来断定是非曲直。每一件事情，总得有人出来在法律上表明态度才行。亚里士多德在讨论法治的时候，思考过于简单。他总想，法律一经制定，则上至统治者，下至被统治者大体上都会遵守，没有争议，从此“法治”也就实现了。

如果法律根本无法离开人的运用和表态，那么，我们必然遇到这样一个问题：究竟谁来掌管法律？究竟谁应该出来执行法律，谁应该在法律上表明态度？刚才讲过，立法、司法应该分开，君王议会制定法律之后也就完成了自己的任务，法官这样的人才能负责法律的实施。这般看来，掌管法律就是法官的事情了。历史也是这么记录的。

亚里士多德讲，要法治就要有"良法"，就要有"普遍的服从"。前一部分可以分给立法者来做。后一部分的监控任务，就只有由法官群体来承担了。说起来，这两件事里最重要的是后一个。因为，没有良法，有时仍然能够谈论法律的统治，而没有"普遍的服从"，则根本无法谈论这个问题。讲到这里，我们就会隐隐约约地发现，亚里士多德的法治理论应该蕴涵着这样一个结论：法治的核心在于"普遍的服从"，而"普遍的服从"依赖法官群体的监控，所以，法治至少一半是法官的统治。但是，亚里士多德没有深究细想，故而不能讲出这样一个结论。

100　孟德斯鸠定理：分权制衡

既然法治的命运至少一半是由法官决定的，那么，是否可以这样认为，法治的主张实质上是一种分权制衡的主张，即立法权分给一些人，司法权分给另外一些人，他们之间又存在一个相互约束?

虽然没有人这么明确地指出过，但是，在17、18世纪的启蒙时期，主张法治的人里的确有几人特别提到了分权制衡，其中孟德斯鸠是最为突出的，以致后来人们大致以为分权制衡最好叫作"孟德斯鸠定理"。这位法国思想家设想，使人感到安全的政府形式只能是立法、司法、行政三权分立（在孟德斯鸠那里，多了一个"行政"），这些权力分给不同的人是最为可靠的。为什么要分权？他说，因为"……一切有权力的人都容易滥用权力，这是万古不易的一条经验。有权力的人们使用权力一直到遇有界限的地方才休止"，而"从事物的性质来说，要防止滥用权力，就必须以权力约束权力"。[411]这倒和另外一位赞赏分权的英国哲学家洛克的说法是十分接近的："谁认为绝对权力能纯洁人们的气质和纠正人性的劣根性，只要读一下当代或其他任何时代的历史，就会相信适得其反"[412]。

孟德斯鸠还提到了中国的例子。他讲：

一位中国的著者说："秦朝和隋朝灭亡的原因是：君主们不愿像古人一样，仅仅行使一般性的监督——这是一个元首所应当做的唯一事务——而是事事都要自己直接管理。"在这里，这位中国的著者几乎把所有的君主国所以腐败的原因都告诉了我们。[413]

需要分权的另外一个理由在于：权力集中就会滥用权力，滥用权力就会侵犯公民的自由，而法律或法治联系着公民的基本权利和自由。[414]

赞同分权或说法治的学者大多具有一个共同的出发点：对人性的认识是悲观的，以为人的私欲与生俱来。即使是腓特烈大帝那样的英明君王在阿诺德案中表现出了廉洁公正，这种例子也不足挂齿，因为这极为少见。前面说过，这些看法承接了亚里士多德的观念。孟德斯鸠自然也是如此。不过，如果将孟德斯鸠和亚里士多德加以对比，可以发现孟德斯鸠精巧地"利用"了人性恶，而亚里士多德则是将问题简单化了。

孟德斯鸠说，任何人都会滥用权力。既然如此，将权力分给不同的人，他们就会彼此掣肘、设碍立障。

对于立法者来说，他总想最大限度地利用立法权力，甚至想方设法使立法有利于一个阶层或者一个集团的私情私利，而有行政部门和司法部门，事情就会变得"碍手碍脚"。

行政部门自己握有行政权力，这种权力特别不希望受到立法者颁布的一般规则的约束，希望任何事情都能灵活处断，当看到立法者寻求私利的时候，行政部门自然也不甘寂寞，会用特殊的行政权力减

弱，甚至消解一般立法规则的效力和作用。这就无形中可以制约立法者。

与此类似，司法部门总有最终解释说明立法规则意思的权力，总有解决一切纠纷的审判欲望。有的时候，一般立法规则不能解决案子的某个问题，司法者却依然试图以自己的法律观念“显示权威”。当发觉立法并没有使自己满意的时候，司法者便会同样想尽办法，巧用法律解释化解立法权力。

反过来看，对行政权力和司法权力，立法者同样而且本来就是特别警惕的，对其徇私枉法，自然不会坐视不理，总会不断颁布规则加以限制。于是，在那些可能滥用权力的人之间，人性恶的本能恰恰筑成互为看管、互为钳制的权力网络。法国思想家托克维尔也提到过这个意思：“……一个政权越是需要加强，它就越是需要扩大和独立。而它越是扩大和独立，就越要滥用职权……”[415]

相形之下，亚里士多德可就将问题简单化了。他想，人是靠不住的，而制定出了法律规则也就没有任何问题了。假如结果的确可以这样，那么当然是令人满意的。但是，在理论上，这种看法就等于否定了亚里士多德自己的理论出发前提— —人性恶。因为，认为有了法律人人都会遵守执行，等于认为人们有遵守规则的道德上的主动意识，而有道德上的主动意识不就是人性善了？当然，亚里士多德可以这样解释自己的说法：法律是由一些人掌管的，另外一些人违反了法律，掌管者便可以出来恢复秩序，所以人之行为才会有章有法，法治才会实现；就一般人而言，他们还是人性恶的。可是，这样的解释还是存在一个疏漏：为什么掌管者是靠得住的？既然人性恶，掌管者也应是人性恶的，靠不住的人怎能掌管法律权力？这种掌管岂不是更加危险？讲到这里，又能发现亚里士多德的法治理论问题太多。

分权的必然思路就是制衡。就行政权来说，“如果没有制止立法机关越权行为的权力，立法机关将要变成专制”。[416]其实，从前面分析过的三种权力总会自我膨胀的原理里面，就会看出制衡的趋势和必然。孟德斯鸠不过特别强调它在法律上的必要性，换句话讲，孟德斯鸠希望在法律上有个明确的制衡说法。

101　美国人的权力游戏规则

现在，我们考察一个人们熟知的美国例子，来专门说明法律上制衡的意思。

美国在宪法上大致这样分配国家最高一层的三种权力：国会负责立法，总统负责行政，而联邦最高法院负责司法。美国人说，国会有权立法，但是要总统签字批准才行，假如总统不赞同国会的法案，可以把它搁置数日，这叫行政制衡立法。另一方面，联邦最高法院又可以审查国会制定的规则是否违反了宪法。国会制定了规则，如果联邦最高法院认为是有问题的，那么，规则也就不具有法律的资格。1801年联邦最高法院审理的马伯里诉麦迪逊案（Marbury v.Madison），讲的就是这样的事情。

当年，美国总统亚当斯（John Adams）准备离任，新总统杰斐逊（Thomas Jefferson）准备上任。旧总统离任前，任命了17名治安法官，命令上不仅有总统的签名，而且有国务卿盖的印章。谁知，17名法官任职令居然到新总统上任的时候仍然没有发出。这批任职令，后来落到了新国务卿麦迪逊（James Madison）的手中。麦迪逊觉得棘手，便问杰斐逊怎么办，杰斐逊说作废。17名法官名册中有一个叫马伯里（William Marbury）的法官。此人勤恳敬业，但是官运一般，直到快退休了才被任命为一个普通的治安法官。马伯里非常有意见，去找麦迪逊理论，要求将任职令发给他，他认为，亚当斯在位的时候签

了字，前任国务卿也盖了印，新国务卿就有义务将命令发给他。但是，麦迪逊还是拒绝。

马伯里只好向联邦最高法院状告麦迪逊。他的诉讼理由非常简单：联邦最高法院在法律原则和习惯允许的范围内，应该向联邦政府现职下达令状，要求其履行法定义务，而这条理由，正是1789年国会制定的《司法条例》第13条的规定。联邦最高法院开始审理这个案件，它非常奇妙地提出了如下三个法律观点：第一，马伯里肯定有权担任治安法官，因为任职令已经有了总统的签字和国务卿的印章；第二，马伯里遭到不正当的拒绝的时候，法官应该提供法律救济；但是第三，提供救济的不应该是联邦最高法院，因为《联邦宪法》第3条第2款说得清楚明白，只有当驻外大使、公使、领事以及州政府是诉讼当事人的时候，联邦最高法院才有初审管辖权，而马伯里不在此列。一句话，最高法院不能在初审中对马伯里提供法律救济。

那么，《司法条例》第13条怎么办？它要求最高法院不能不审理这样的案件。最高法院却非常"谦虚"（假惺惺？）地说，这条规定变相地扩大了最高法院的权力，违反了宪法第3条的规定，因而是无效的。[417]

此案有许多蹊跷古怪之处。本来，最高法院可以稳当地扩充自己的管辖权力，但是它却反其道而行之。当然，这又是题外话了。这里特别重要的是：法院可以认为国会所立《司法条例》之第13条规定不具有"法律资格"，宣布它是无效的，这正是司法制衡立法。美国的制宪者自己也说，"……法院必须有宣布违反宪法明文规定的立法为无效之权"[418]。

自然，反过来，国会对总统和联邦最高法院也可以实施权力制约。总统任命高级官员，要经过国会的批准；总统否决了国会议案，国会又可以以2/3多数票推翻总统的否决，重新通过议案。而对最高法

院的法官，国会又可以动议弹劾。就算在总统和最高法院之间，总统可以提名法官人选；而最高法院则可以审查总统的规章和命令是否违反宪法……

所有这些制衡的权力游戏规则，可以说是非常生动的。

102　游戏规则的临时终点

前面反复提到，法治的核心是用规则对政府权力进行约束，而对权力进行约束说穿了又在于分权制衡。上面几个小节的分析又表明，法治和分权制衡似乎是一个问题的两个方面。18世纪美国学者威尔逊（James Wilson）就说，为了维护法治，只能将制衡机制引入政府体制之中，“以便即使坏人当政也能迫使其为公众利益鞍前马后”。[419]现在，我们讨论一个深一层的问题：如果制衡是一个彼此之间有来有往的游戏规则，那么，这个有来有往是不是存在一个临时终点？换个问法，制衡是否可以不断地持续下去，你不断地制约我，而我也不断地制约你？

就以美国国会和总统的关系来说，国会通过了一项法案，总统可以因为不符合自己的观念想法而将其搁置，或者干脆否决，而国会也可以再以2/3多数的表决最后将其通过。这就出现了制衡上的一来一往。但是，可以明显地发现，这一来一往不会持续不断。在议案通过的问题上，国会具有最终的权力。只要国会2/3的议员决心与总统势不两立，那么，法案通过就会成为定局。其实，在理论上说，如果想要通过一项法案，势必就需要一方具有一个临时的最终权力。

再看国会和最高法院的关系。国会制定了一项规则，最高法院可以不断审查，如果发现它是不符合宪法规定的，便能宣布它是无效的。而国会又可以再立新的规则，必要的时候，可以自立“宪法修正

案”来对付最高法院。但是，再怎样不断地有来有往，最高法院依然具有最终的解释规则、宪法以及宪法修正案的权力。那些法律究竟具有怎样的含意，人们如何理解其中的规定，最高法院所说的自然是最重要的。

这般看来，制衡的效果不过是政治决策过程中“有来有往 ”的片段插曲，但片段插曲是颇为重要的，可以使决策在不断摩擦的过程中变得稳妥适当。制衡的结果，不可能是制衡本身，而只能是制衡导向的政治目的。由此而来的权力游戏规则，其结果也不可能在于本身，而在于游戏之外的其他目的。因为，谁也不会沉浸在游戏规则之中而不顾自己想要达到的目的，这就如同我们遵守足球规则，是为了体育比赛或者为了赢球夺得奖金，而不是为了规则本身在绿茵球场上奔跑。于是，制衡游戏，自然就有了临时终点。

到了这里，对于分权制衡的游戏规则，我们又回到了已经提过的一个问题：到底谁能决定制衡或者法治的命运？美国国会可以最后制衡总统的制衡，而最高法院可以最后制衡国会的制衡，这就显得法院可以站在游戏终点。其实，在任何政府体系中，只要允许分权制衡彼此约束，需要钳制政府的各项权力，法院便只能是“笑到最后 ”，只能是最后的“仲裁者 ”。毕竟，法院在决定法律的意义上是无可比拟的，所有纠纷都要由它来作出最后的决定。真要争论法律的意思是什么，只能由法院来充任裁决的“上帝”。

103　再看一般规则的范围·马歇尔神话

讲到法院可以具有“最后”的权力，我们有必要再说一下前面第090小节提到过的一个问题：有法律的一般规定和没有这种规定之间是否存在区别。在那里讲过，虽然可以对一般的规则作出各类解释，但是，解释总不能逃脱一个大方向的范围。如果一个规则明白地写

着，“只能在黑夜里占用公共车道装卸货物 ”，那么，可以将傍晚和黎明解释成黑夜，或者解释成白天，但是再如何辩说，也不能将中午解释成黑夜。规则已经提供了一个大致的范围和方向。

这般看来，似乎不能以为法院可以具有“最后”的权力。立法者制定了一个规则，等于指定了一个范围，法院只能在这个范围运用自己的权力，到头来还是立法者依然站在了游戏终点。

对于这个问题，先看一个小例再做讨论。

19世纪初，美国有一个著名的联邦最高法院首席大法官，叫马歇尔（ John Marshall）。他曾经审理过许多颇有争议的案件。前面说过的马伯里诉麦迪逊案，也是经他审理过的。正是在那个时期，他又审理了一个叫后人十分惊讶的案件— —吉本斯诉奥格登案（Gibbonsv.Ogden）。

1815年，新泽西有个商人叫奥格登，他想使自己的船舶能够往来于新泽西州的伊丽莎白镇和纽约州的哈德逊河，便与两个享有该航道独占权的纽约商人签订了租用航道的契约。时隔不久，新泽西另外一个商人吉本斯想与奥格登在生意上展开争夺，斗胆在伊丽莎白镇的河边建造了一个码头，使船只照样往来于奥格登租赁的航道。说起来，航道主人的权利是纽约州议会授予的，那时候的州议会相信，什么都是可以私有的，何况航道。

于是，主人和租户奥格登开始对吉本斯发出警告，提醒他已经侵犯了神圣的私有权。可是，吉本斯依然是不管一切。结果，前面那些人便将吉本斯起诉到了当地法院。几次审理下来，吉本斯自然均以败诉告终。但是，吉本斯不甘心，他总觉得没有航道都可以被人独占的道理。接着，他便在纽约州联邦法院重新引发诉讼，反告州议会法令

违反联邦宪法第1条第8款的规定，而且，反告与他作对的那几个人，绝对没有理由独占州际航道。

第8款的规定有这么一段字句：州与州之间的通商，州议会无权过问，更无权制定法令加以管制，一切均由国会来决定。吉邦斯说，国会可是从未作出一个决定，既然如此，自己的船只就应该畅通无阻。可是，纽约州的联邦法院对此不以为然，照样判决吉本斯侵权成立。没有办法，吉本斯便将案子上诉到了联邦最高法院。

马歇尔接到案子之后，断定关键在于如何解释宪法“通商”一词里面的“商”字。通商，直白地来说就是商业的互通；而“商业”（commerce）一词大体说来就是“买卖生意”的意思。可是在吉本斯的案件里，那些原告被告争论的倒是“航运”，这词如何解释？它与买卖生意存在什么关系？奥格登这边人坚决主张“商业”一词的本意，说航运与买卖生意完全是不同的事情，所以，州议会在航运问题上颁布独占并没有违反《宪法》。

马歇尔历来语出惊人。他说，奥格登一方对《宪法》里“商业”一词的理解太褊狭了，在《宪法》这样的大法里，“商业”不仅指买卖生意，而且指相互往来。读《宪法》，必须要有宽阔的观念视野。接下来的事情自然是吉本斯柳暗花明，案件大获全胜。[420]

显然，这是马歇尔硬将航运一事纳入“商业”的范围的结果。但是不论怎样，马歇尔的魅力再造了马歇尔神话。人们认定，只要首席大法官表达了自己的意见，法律的意思也就无可争辩了，他的一词一句在法律上都是正确的。说来也有意思，马歇尔的判决是意义深远的，因为，它不仅宣布了航运独占制的寿终正寝，而且使当时以及日后的所有州际通商所用的运输工具和通信工具，包括飞机、火车、电话、电报等，无不受制国家的整体管辖之下，从而获得飞速发展，甚至旅游、大众传媒等行业的发展也因此获益匪浅。

回到正题上来，“马歇尔神话”表明了这样一个意思：虽然立法者的规则可以提供一个大方向、大范围，司法者的解释无法特别自由，可是，如果愿意或者别无选择，司法者依然可以而且“有权”自由地作出决定。“商业”一词原本意思是指生意买卖，说得正式一些就是贸易，然而，马歇尔就是自由地将其扩充为“有来有往 ”，仿佛一切“往来”都可列入“商业”一词的范围。这就不奇怪托克维尔惊呼，美国的安定、繁荣直至生存本身完全仰仗联邦最高法院大法官之手，“没有他们，宪法只是一纸空文”。[421]

既然如此，法院至少在有的时候还是可以站到权力的终端位置上的。

小　结

文艺复兴之后，西方进入了学者不断提到的启蒙时期。在这个时期，人治法治理论的对抗大大不同于柏拉图、亚里士多德的年代。霍布斯讲，一定而且只能是人治，因为法律就是人颁布的，颁布者不在法律之上就是非常奇怪的事情。既然法律之上还有一个立法者，人治当然是无法回避的。这是讲述一个法理学的基本道理。对不对，就另当别论了。

孟德斯鸠这边的学者则是不认同这样的观点，以为法治依然可以付诸实施，因为，权力之间是可以分开制衡的，在这种分开制衡之中，政府权力一定会受到约束从而实现法治，这是讲述一个政治学的基本道理。这个道理看上去是没有问题的，然而，当我们谨慎小心地走到分权制衡的背后，走到人们赞美的法治背后，却发现那里是复杂微妙的，最终还是有“人”即法官在那里至少是部分地左右着法律。由此而来的法治，又不免一半在于法官的统治。转来转去，分权制衡中的法治实质上是另外一类的“人治 ”——立法者和司法者分而之治。

亚里士多德信奉的法律至上以及孟德斯鸠所说的法律制衡，说到底倒是一种“一分为二”的霍布斯理论。所以有人已经抱怨，“只要政府的职能是被许多的执政者所分掌时，则少数人迟早会掌握最大的权威；仅仅由于处理事务要方便的缘故，他们自然而然就会大权在握”[422]。

第十五章　第三种声音：民主、公意、法律

说来是十分有意思的，从亚里士多德开始，由于担心人性的脆弱和权力的腐蚀，一部分人首先想到了法治，进而又想到了分权制衡亦即以权力制约权力。可是，始料不及的是，在法治之中依然不能摆脱“人”的问题。法律，并不因为人们“制作”出来进而公布，就会自然而然地实现一种“与人无关”的统治。在许多情况下，我们还要受制于一部分人，即使这部分人不是专制君主，而是一类似乎值得信任的，具有专业知识的职业法官阶层，因为，他们可以像过去的腓特烈大帝那样的君王一样，决定法律含意。

为什么法治会是这样的？问题出在哪里？

104　法治与民主的勾连

现在，我们设想这样一个社会，里面人数不多，凡事大家都可以大致坐下来加以讨论，比如像刚才说过的“通商”那样的事情，大家可以面对面地交换看法，最后通过举手表决的方式将结论确定下来。如果日后发生了新的争议，也是大家通过开会的方式加以解决。

看看在这里会不会还出现上面所遇到的棘手问题。

首先，对于“通商”里“商业”一词的含义，人人都会有一个不同的看法。有人以为，这个词是指买卖，指物品之间的交换；有人会说，不对，这个词的意思还要广泛些，包括其他一些与费用有关的日常经

济活动，不仅一手交钱一手交货的买卖，就连帮人运输、替人装卸、为人推车甚至投递邮包等之类的营业活动，都可以列入"经商"；有人更会以为，应该将所有与生意有关的活动都纳入"商业"里，因为"从商""经商"自古代以来都指与生意有关的事情……

存在这些不同的看法是没有关系的。经过"商谈"乃至"讨价还价"（因为每个人提出不同的意见可能出于不同的利益需求），大家也许达成一个如何界定"通商"的协议约定。如果争议太大，实在没有办法达成一个社会共识，就只好通过投票的方式以多数人为准。这个事情做完后，就可以写下文字以备查阅。一般来说，这也是一种法律产生的方式。在这里，我们肯定不会发现暗中受到了谁的统治，因为，每个人都自主地表达了自己的想法，而且，在不能谈判成功的时候大家又都自愿地参加了表决程序。

接下来，人们开始按照文字规定办事。但是，可以想象，时间长了就不免出现对"通商"一词的不同理解，就会出现"马歇尔式"的人物坚持要把"通商"解释为所有的往来，而且，有不少人也以为这种解释是颇有道理的。问题更为严重的是，如果不按照"马歇尔式"人物的解释去办，可能对不少人来讲都是一件再遗憾不过的事情。或者，出现另外一种情形：随着语词意思的变迁，人们对原有的"文字"的含义有了新的理解。比如像"车"这个字，古代的时候是指马车或者手推车，而近现代则说还指机动车；"港"这个字，以前总是指海岸码头之类的东西，而今天也可以指飞机场，机场里面就有"到港离港飞机"的措辞用法。语词意思变了，由此而来的规则的意思也会发生变化。

假如因此而出现了纠纷，怎么办?

再用开会的办法。大家再像初次写下"文字"那样围在一起讨论。第一，可以把以前定下的规则再翻阅一下，看看原来的意思到底是什么；第二，看看现在大家对"通商"一词的一般理解是什么；第三，看

看哪种解释对大家或者大多数人是最有利的。这是说，就算出现了纠纷，好像也可以通过这些问题的考虑从而形成一个差不多的解决办法。既然可以通过“商谈”或者多数表决的方式写下“文字”规则，那么，当然也可以用同样的方式解决纠纷。在这里，同样可以发现，每个人依然没有暗中受制于他人。

显然，在这两个类似“立法”和“司法”的过程中，所有人都是可以参与其中的。谁也没有占有权力上的优势。既然没有权力，也就没有谁能像腓特烈或者马歇尔那样要么在立法上唯我独尊，要么在司法上力排众议。如果可以把这里发生的一切也叫作法治，那么，这类法治之中也不存在霍布斯的“一人之治 ”，或者孟德斯鸠“分人之治”的阴影。所以，是否可以这样回答上一小节提出的困惑：分权制衡导致的“法官统治”的不妙结果，大致在于人们把司法权力交给了一些人，让他们有权决定一切，而为了防止其他政府权力的专断，又让法官可以彻底独立、不受干扰？换个问法，如果不将权力分开，而是让它始终握在参与所有过程的大多数人的手中，那么，不就没有棘手问题了？

的确，这是一个重要的思路。卢梭就是这样思考问题的。

在卢梭的眼里，霍布斯的英明君主理论是不可爱的，因为，霍布斯主张一部分人可以通过社会契约完全地获得统治另外一部分人的权力。对大多数人而言，少数统治者的统治权力是绝对的，并且，由此而来的法律也可以带有专制的特征，允许法律的制定者高高在上。卢梭批评地指出，“不管一个国家的政体如何，如果在它管辖范围内有一个人可以不遵守法律，所有其他的人就必然会受这个人的任意支配”[423]。卢梭以为，必须无可争议地看待这样一句话：通过所谓的契约来“规定一方是绝对的权威，另一方是无限的服从，这本身就是一项无

效的而且自相矛盾的约定”。[424]这个意思说得更为直接一些，就是那种专制既不能防止本身的腐败，也没有正当的政治基础。

当然，霍布斯的一套理论不可爱，并不意味着孟德斯鸠的那套理论是可以接受的。孟德斯鸠依然是从不同的角度来强调少数人的统治，只是在少数人之间建立了“分权制衡的机制”。从结果来说，多数人的命运并不见得是理想的。虽然孟德斯鸠总是说道，“当立法权和行政权集中在同一个人或同一个机关之手，自由便不复存在了”，“如果司法权不同立法权和行政权分立，自由也就不存在了”，[425]但是，法律在孟德斯鸠那里，同样允许一个司法者越出“游戏规则”之外，尽管不是时时事事都是如此。所以，卢梭心里总在猜疑：是否多数人的自由依然是由少数人决定的?

能够发现，就法律来说，卢梭实际上提醒一种彻头彻尾的法治与民主的勾连。他说:

人是自由的，尽管是屈服于法律之下。这并不是指服从某个个人，因为在那种情况下我所服从的就是另一个人的意志了，而是指服从法律，因为这时候我所服从的就只不过是既属于我自己所有、也属于任何别人所有的公共意志。一个主人可以允许这一个人而拒绝另一个人；反之，法律则不予以任何考虑，法律的条件对人人都是同等的，因此就既没有主人，也没有奴隶。[426]

卢梭这段话有些晦涩，不太清楚。其实，卢梭许多政治言说和法律言说都有类似的特点。这对一个充满激情、浪漫气重而且略加心理变态的思想家来说，[427]是不奇怪的。不过其想表明的法律与民主的关系，是可以体会出来的。

在法律的条件下，人人都是平等的，谁也无法以主人来自居，也不会被他人压制为奴隶。法律，是所有人的意志表达。如此说来，实

行分权制衡是非常多余而且是贻害无穷的。“制订法律的人要比任何人都要清楚，法律应该怎样执行和怎样解释。因此看来人们所能有的最好的政体，似乎莫过于能把行政权与立法权结合在一起的体制了”。[428]

在本书的引言中，我们曾提到古雅典对苏格拉底的审判，在那里，雅典人就是实行了501人的“民主”法庭的审判，没有为孟德斯鸠想象的职业法官留下一席之地。雅典人仿佛在说，平民百姓依然可以判得公正严明，即使面对的是无所不知、无所不晓的贤哲苏格拉底。这对卢梭来说，无疑是一个令人兴奋的事例。

此外，卢梭肯定会欣赏17世纪英国学者哈林顿（JamesHarrington）的这句话：假如法律是依照个人或者少数“家族”利益而制定及操作的，那么，我们所看到的便只能是人的王国，而非法律的王国。[429]卢梭也会赞同亚里士多德的先见之明：

法律确实不能完备无遗，不能写定一切细节，这些可留待人们去审议。主张法治的人并不想抹杀人们的智虑，他们就认为这种审议与其寄托一人，毋宁交给众人……要是说仅仅有两眼、两耳、两手、两足的一人，其视听，其行动一定胜过众人的多眼、多耳、多手足者，这未免荒谬。[430]

105　乡村式的小社会

如果什么事情都可以运用“圆桌会议”的方式加以讨论，而且大家都有可能参与其中，彻底摆脱将权力交予他人这类不得已而为之的行为的模式，那么，这个社会的空间应当是特别有限的。

不错，卢梭设想的正是这样一个田园乡村式的小社会。他说，在这样的社会里，“一群群的农民在橡树底下规划国家大事，而且总是处

理得非常明智”。[431]人们之间基本上是熟人关系，即使平时不太熟识而且并不相互了解，也依然知道彼此要么是近亲，要么是远邻。换句话讲，“每个人都能胜任他的职务，没有一个人需要把他所负的责任委托给别人。在这样一个国家中，人民彼此都互相认识，邪恶的阴谋，或谦逊的美德，都不能不呈现于公众的眼前并受公众的评判”[432]。

当然，卢梭既然是个思想家，自然也应该知道在政治法律理论里面谈论这样一个小社会未免太过浪漫，甚至是幼稚的。所以，他直白地承认，想象这样的乡村式的小国家，绝不亚于柏拉图幻想完美无缺的哲学王那般天真可笑；而且也完全明白，仅仅是在几千年前甚至更为久远的年代，才出现过那类田园般的“诗情画意”（当然，他也知道18世纪瑞士的小城市有一点这样的意思）。可是，霍布斯和孟德斯鸠那样的理论，总像幽灵一样徘徊在卢梭的脑海里，一股对“贵族精英”文化抗拒的本能，使他时刻警惕霍布斯尤其是孟德斯鸠的言说从前门被赶出去，然后又从后门溜进来。像霍布斯和孟德斯鸠这样的启蒙分子，往往或明或暗地主张自上而下的“法治”。显然，在这里，民主的意念已经被悄悄地“放逐”了，民众的意愿也被偷偷地断送了。而卢梭所要做的事情，便在于明知不可为而为之，在于一定要从君王或者“达官贵人”手中夺回法治的民主性，哪怕回到并不现实的乡村社会，也在所不惜。

这个目的，是要人们想到，久远的那时“国家的全部精力是蓬勃而单纯的，它的准则是光辉而明晰的；这里绝没有各种错综复杂、互相矛盾的利益，公共福利到处都明白确切地表现出来，只要有理智就能看到它们”。[433]卢梭最后告诉我们：没有办法，民主制只能适宜于小而幽静，甚至有点贫穷的国家。[434]

现在，我们挖掘一下这种“发思古之幽情”的其他潜在意思。

第一，卢梭有这样一个感觉，乡村那样的社会里面的法律虽然有赖于人们的制定，但是，它却更为依赖乡民之间自然形成的习俗惯例。法律也只有在习俗惯例的基础上才能有效地加以实施，“正如建筑家在建立一座大厦之前，先要检查和勘测土壤，看它是否能担负建筑物的重量一样；明智的创制者也并不从制订良好的法律本身着手，而是事先要考察一下，他要为之而立法的那些人民是否适宜于接受那些法律”。[435]

第二，这种感觉意味着，对于一个社会来说，人们之间现存已有的一切秩序是非常重要的。然而，倘若仔细思考一下就会发现，这类秩序如果是牢固的，那么其范围恐怕就是有限的。如果地域辽阔、人口众多，人们的关系以及秩序自然就会稀疏松弛，存在信息交流受到限制的因素，也有自然地理导致人际隔阂的因素。所以，由民间秩序而来的法律，就有必要是地域性的、小范围的。其实，稳固而又有根基的法律属于最佳境界，而在人口适中、范围不大的社会里，就有希望发现这种境界。

第三，从第二点还可以引申出一个意思：每个乡村式的小社会里都会，而且应该有一个适合自己风俗的法律秩序，而大家又都不可否认的是，各个小社会的习俗惯例异质多样，所以，各个社群的法律便应该是有所差别的。说到这里，我们就可以将卢梭没有说出的话提示出来：从更大的范围或者世界的范围来看，必须允许，而且追求不同乡民社会的不同法律；假如一个国家由于历史的缘故而地广人多，那么，它便应该自觉地“切割地盘”，或者允许各社群自己构筑一个法律天地。

当然，有的学者对此不以为然：

卢梭对民主的城市国家表现出的极大热情乃是一个时代的错误。以农村经济为主题的小社会同与之类似的社会结成松散的邦联，这种

方案实际上大概最能代表他的理想，但这种小型社会在欧洲已无足轻重，在美洲其重要性也不过转瞬即逝。[436]

但是，在稍后的19世纪，我们可以颇感奇妙地发现，还有一些学者不知不觉地尾随卢梭提倡“乡村民族精神 ”，这些人虽然不是以卢梭为同乡的法国人，但是却深得其遗风。那些人就是被后人称作“保守主义”的德国历史法学派的学者。在这个学派里，有一个叫作萨维尼（Friedrich Carl von Savigny）的贵族人物，他就说过，法律肯定具有一个民族的语言、建筑一类的品格，在那背后，有一种不可言状、暗中默默操纵的力量发挥着作用。[437]这种力量可以说是民族社会的普遍习俗，可以说是乡民之间的共同意识，还可以说是宏大的“民族精神 ”（ Volksgeist）。所以，法律的生命不在于自己，而在于使它滋生繁衍的乡间土壤化的民族氛围。也因此，“法律便与民族共生长，与民族共坚强，最后，当民族的独特品格飘然消逝，法律也就寿终正寝了”[438]。

依照这个思路，再往深分析一步，还可以领悟到用外来他乡的法律强行在本土乡间加以推销，只能是事倍功半。说得严重一些，这还可能破坏原有的社会秩序，甚至还有立法者以“神圣法律”的名义输送自己的利益需要、压制他人意愿之嫌。

当然，这些分析已经走得远了一些，不过，它们还是在侧面表明了卢梭的理想或说对民主的小型乡村或者城市国家的热情，并不是一无是处的，毕竟，那里边暗含了一些有根基的、值得反省的法律观念。一方面，那类小社会可以保持法律的民主性，使权力不至于落入少数权贵之手，从而出现少数人统治多数人的局面；另一方面，这样的小社会又可以使法律基础深厚从而使法律的实施更为稳定。显然，卢梭是以人们较难理解的方式讲述人们容易忽略的问题，应该说，意味深长。

106　公　意

如果田园乡村式的小型社会是至为理想的，里面总是浸透了民主的气息，那么，法律的基础应该是无可置疑的。但是，小型社会里总是一个多数人对少数人的政治安排，这里尚有一个问题没能彻底解决：多数人是个什么概念？多少才属于“多数人”？

有人可能会说，这是一个没有意义的问题，多数人就是多数人，有什么需要追问的？

其实不然。假如这个“多数人”具有一个无可争议的数字，比如在100人里它占了90人，或者少说也在70人以上，那么，人们当然可以这样回答。然而，如果这个数字不是无可争议的，比如100人里它仅仅微弱地占了51人，我们也许就不会那么心安理得了。尤其当法律要以这51人的观念意见来作根据，而其中2人又是有点犹犹豫豫地倒向另外一边的时候，我们更会觉得似乎哪里出了问题。因为可以发觉，仅仅因为2个“意志不坚”者之差，几乎占半数的49人就要受制于另外一部分人，这好像是有欠公允的，当所要决定的法律问题特别重要的时候，此等“有欠公允”更为明显。

而且，在现代的许多社会里，在重大问题上人们都会提到一个“2/3”或者 “3/4”的概念。这是说，但凡举国兴亡、国计民生的大事，要有2/3或者3/4的人数站立一边才能作出决定，这个2/3或者3/4才能算作正式的“多数人 ”，起码，现代人有时并不以为过半数便是绝对的“多数人”的意思。

所以，“多少才算多数人”不是一个假问题。

卢梭在讲“田园乡村”多数人民主的时候，没有想到那么多的问题，既没提到什么2/3或者3/4的概念，也没精确地说过什么叫作多数

（比如现代人说的“简单多数 ”）或者少数，只是提过，“多数表决的规则，其本身就是一种约定的确立，并且假定至少是有过一次全体一致的同意 ”，[439] 因此，“投票的大多数是永远可以约束其他一切人的 ”。[440] 当然，他直觉地感到如果不提出一个 “概念 ”来，“多数民主”这个东西就会是名不正言不顺的，于是，我们就看到了“公意”这个词。

什么是“公意”?

本来，依据一般人的看法，当大多数人的确达成了一个共同的意愿或者意志，便可以说是得到了一个公意。像在前面时常提到的“通商”那个问题，假如大家经过几轮商谈，多数人说，“通商 ”里面“商”字意思就是买卖或者贸易，故而通商就是买卖或者贸易的往来，不含其他的意思，那么，在此就可以发现一个公意。这个多数究竟属于半数以上、2/3以上，还是3/4以上，都是无关紧要的，反正它已经可以代表社会了。

然而，卢梭却有与这个看法不同的想法。他以为，我们应该区别两种大多数人的“想法 ”，一种可能是真正的公意，一种则可能是变相的私意，后一个更为准确地来说应该叫作“众意”而非“公意”。意思是讲:

众意与公意之间经常总有很大的差别；公意只着眼于公共的利益，而众意则着眼于私人的利益，众意只是个别意志的总和。但是，除掉这些个别意志间正负相抵消的部分之外，则剩下的总和仍然是公意。

如果当人民能够充分了解情况并进行讨论时，公民彼此之间没有任何勾结；那么从大量的小分歧中总可以产生公意，而且讨论的结果总会是好的。[441]

这里的思想是十分重要的，应当仔细分析。

卢梭是想告诉我们，在“通商”这样的问题上，人们会有不同甚至对立的想法，但是，经过正负抵消求同“弃”异，就能慢慢剥离出一个“公意 ”。在前面的讨论中，我们设想了一下一些人如何在“通商”问题达成一个多数人的意见。现在，附加一个“总数仅有100人”的条件，再讨论一下这个“达成”。假设有30人认为，商业的意思肯定是买卖或者贸易，即以物易物或者钱物交换；另外有30人认为，除了交钱交货之外，还要算上邮电通讯、火车客运之类的营业之事；还有30人说，眼光放宽些，所有与经济有关的事情都应该全部归入“商业”的范畴；剩下的10个人则出奇地与众不同，思维独特而且反其道而行之，认为“商业”的意思根本就不包括买卖贸易以及所有与营业有关的事情。

那么，卢梭就会讲，这里只有“买卖和贸易”的意见才能算作公意。因为，第一，除了最后10人之外，前面90人都赞同这个说法，这是多数甚至大多数人的想法，尽管其中有60人企图再扩大一些；第二，否定买卖贸易和所有与营业有关的事情属于“商业 ”的意见，是“负”的意见，而60人所说的加上一类营业之事，甚至所有与经济挂钩的事情的意见，是“正”的意见，正负抵消，便只剩下了“买卖和贸易”。

卢梭大胆地宣布，“……公意永远是公正的，而且永远以公共利益为依归 ”[442]。这是明确地表明，“买卖和贸易”这样的公意，代表了社会的公共利益。此处，卢梭开始慢慢地将公意的概念普遍化、一般化。经过正负抵消的计算，我们就得到了一个并非个人意见之和的“抽象意志 ”。应该承认，公共利益总是不大可能来自个人意见之和，因为个人意见总有这样或者那样的区别和不同，就像上面所说的100人，对 “通商 ”的概念便可能有相互不同的意见。然而，依照卢梭的看法，这并不妨碍获得一个正负抵消、所剩一致的结果。出于自我

感觉的良好，他毫不犹豫地抓住了这个结果，认定它是不折不扣的“抽象的”公共利益，而且，认定国家也因此而获得了抽象的实体资格和当然的绝对权力。看一下卢梭的这段话：

如果国家，或者说城邦，只不外是一个道德人格，其生命全在于它的成员的结合，并且如果它最主要的关怀就是要保存它自身；那么它就必须有一种普遍的强制性的力量，以便按照最有利于全体的方式来推动并安排各个部分。正如自然赋予了每个人以支配自己各部分肢体的绝对权力一样，社会公约也赋予了政治体以支配它的各个成员的绝对权力。[443]

之所以说“公意”的思想是十分重要的，是因为，从这开始，不断地有学者开始迷恋类似的抽象观念，比如“国家意志 ”“国家利益 ”“民族精神 ”“民族愿望”等，并且将其逐渐和具体个人的意愿切割开来，甚至有时用那些抽象的东西否定真实的个人利益，哪怕这些个人为数众多，也是如此。像黑格尔就以为抽象的国家意志与具体个人的意志是根本不能相提并论的，真实而又绝对合理的只能是国家意志，他尤为觉得卢梭学说都还是“有欠深刻”的，因为，后者没有果断彻底地剪断抽象意志和个人意志之间的“脐带 ”，依然羞羞答答地承认抽象意志和众多具体个人意志之间的藕断丝连。[444]

这般结果，便是从所谓的抽象的“多数人意志”出发，最后慢慢有可能与真实具体的多数人意愿背道而驰。难怪密尔对此忧心忡忡：

……当社会本身是暴君时，就是说，当社会作为集体而凌驾于构成它的个别个人时，它的肆虐手段并不限于通过其政治机构而做出的措施……而这种社会暴虐比其他种类的政治压迫还可怕，因为它虽不常以极端性的刑罚为后盾，却使人们有更少的逃避办法，这是由于它透入生活细节更深更多，由于它奴役到灵魂本身。[445]

107　法律的政治基础

从“公意”思想接下去的结论，卢梭坦荡地向我们断言，便是法律因此而获得了一个可靠的政治基础。在“买卖和贸易”这一公意之上，“通商”的法律规则应该是具有了正当性。换句话说，法律本身就是一种公意的表现，它“不过是我们自己意志的记录”。[446]卢梭特别地强调，“……凡是实行法治的国家——无论它的行政形式如何——我就称之为共和国；因为唯有在这里才是公共利益在统治着……”[447]而“服从法律的人民就应当是法律的创作者”。[448]

讲到这里，我们可以明显地看出，由于卢梭特别讲究法律与民主的结合，而“多数民主”的实质总是和“公意”的概念存在着联系，这样，由此而来的法律与民主的勾连，最终变成了法律与公意的勾连。

看上去，这种法律政治设计的期待本身应该是不错的（如果公意不是那么抽象的话）。但是，除了上面所说的公意抽象化所带来的压抑具体个人意愿的可能性这个问题之外，我们还应该深入其理论之中，考察一下是否存在一些别的隐蔽的东西。请注意卢梭的这段话：虽然公意永远是公正的，而且永远以公共利益为依归，然而“不能由此推论说，人民的考虑也永远有着同样的正确性。人们总是愿意自己幸福，但人们并不总是能看清楚幸福”。[449]怎么理解这段话？这里似乎在表明两个问题：第一，公意或说公共利益是一个目标，对此大家是不会有争议的，但是没有争议不意味着可以清晰地认识什么是公意或者公共利益；第二，即使知道了公意或者公共利益是什么，也不一定意味着就知道如何实现它们。卢梭或许在提醒我们注意，这里还有重要的事情没有完成。

先说如何认识公意这个问题。回到前面反复提到过的“通商”问题，经过“正负抵消式”的分析，参与其中的人们就得到了一个“买卖和贸易”是唯一“商业”含义的“公意”。可是，这个“公意”是不是一个真正

的公意或者公共利益？如果平民百姓的考虑不太可能“一贯正确 ”，那么，这个“公意”兴许是一个目光短浅甚至有害的公意。既然是这样，依照这个公意而行动的结果，就会轻则“毫无收获 ”，重则“祸国殃民 ”。顺此思路，我们可以将卢梭尚未讲出的意思演绎一下：众人需要一个或者多个能够“高瞻远瞩 ”“洞察一切”的智慧精英，来帮助他们分析决定“公意”的内含和取向。这些智慧精英可以仔细考察“买卖和贸易”到底是不是最佳公意、最佳选择。

再说如何实现公意这个问题。假定知道了“买卖和贸易”是唯一含义的公意，怎么实现它依然是个问题。首先，是否需要某些民众代表来“监视”一下众人的所作所为？其次，假如有人违反了规矩，是否应该有一个正式的或说“专业”的人士来纠正一番？如果需要，那么，这些民众代表或者专业人士是否应该有一点特殊知识？显然，这些恐怕不能舍弃。如此看来，卢梭似乎也有一个言外之意：众人需要头脑清醒、判断准确的一些智慧精英，来做一般人无暇或者没有能力去做的某些事情。

这两点加起来，我们就得到了这样一个结论：公意的最后把握可能更为依赖众人之中的某些人，他们帮助众人认清公共利益是什么，帮助众人实现公共利益。

这个结论太重要了。因为，从它再联想到“公意 ”“公共利益 ”“国家利益 ”“国家意志”等说法的抽象性，我们便可以惊奇地发现，卢梭有时就连自己都未觉察到这一点：有人可以假智慧精英之名声，宣称自己替众人掌握了真正的公共利益，而其实暗中偷运其他货色；或者，即使不是别有用心，而是真心诚意为众人着想，但是由于坚决认为自己的认识是唯一正确的，从而强行将本来不是大多数人可以接受的东西认定为公共利益。

将这里的思路清理一下：顺着卢梭话语的逻辑线索，法律开始和民主有勾连，后来又和公意联系在一起了，再后来就是不知不觉地和某些“精英”有了关联。而“精英”是什么？说到底，它和霍布斯、孟德斯鸠的“少数人”没有什么太大的区别。既然这样，法律的政治基础就变得并不像卢梭想象的那样乐观。其实，倘若怀疑一般民众的判断力，就难免将“法律基础的桥梁”架向少数人统治的一端。

此外，我们还可以深究卢梭“正负抵消”的公意计算方式，这里或许依然隐蔽了“少数人统治”的玄机。前面用假设的例子讲过，对于“通商”里的“商业”问题，如果有30个人认为它只包含“买卖和贸易 ”，另有30人认为它还包括了邮电通讯、火车客运之类的营业生意，再有30人认为所有的营业事情都可以划入“商”事里，而只有最后10个人的意见与众相反，那么，依据卢梭“正负抵消”的计算，我们就得出了“买卖和贸易”是公意的结论。但是，仔细思考一下，可以发觉，这个公意实质上只是最前面的30个人的意愿表达。因为，另外70人，要么希望“商”事的范围再大一些，要么彻底否定所有一切。“买卖和贸易”的公意，否定了他们的部分意愿。假如希望扩大一下“商”事范围的60人觉得不能扩大便不能接受最前面的30人的意见，那么，所谓的“公意 ”，岂不就是少数人也即最前面的30人的意愿表达？这里，卢梭也没有提出一个令人放心的“多数民主意愿”的获得方式。

当然，这些分析是基于对卢梭本身的前后不太一致甚至有些矛盾的论说的解读，是一种“可能的”解读。

108　托克维尔的反调：多数人的专制

现在，将前面的各类分析收敛一下，不把卢梭的理论想象得那么复杂，而只是假定他仅仅喜欢田园乡村式的多数人民主，而且，这个民主没有掉进“少数人统治”陷阱的可能，看看还有什么问题。

应该说，除了不太现实之外，这个民主恐怕是没有什么大问题的。

但是，像孟德斯鸠早在卢梭之前就对这类民主颇有微词。他在谈论古希腊城邦兴衰的时候说：

当人民夺去了元老院、官吏和法官的职权的时候，民主政治便归灭亡；当君主逐渐地剥夺了团体的或城市的特权的时候，君主政体也就腐败了。前一种情况导向“多人的专制主义”；后一种情况导向“一人的专制主义”。[450]

孟德斯鸠似乎已经料到，正如以前有人崇尚个人专制主义一样，后来总会有人竭力推崇置苏格拉底于死地的雅典式的极端民主政治。他提醒人们注意，“……一切权力合而为一，虽然没有专制君主的外观，但人们时时感到君主专制的存在”。[451]

卢梭的学说出现以后，18世纪乃至19世纪的欧美国家异常兴奋，民权思想以及民主革命风行一时，人们出现了历史上少有的热情与“躁动”。至少，在备受争议的法国大革命里，卢梭观念表现得有如神话一般，被人奉为终极的理想与“圣典”，使得孟德斯鸠的提醒早已被大多数人抛在了脑后。只是在稍后的年月里，才逐渐有人开始谈论卢梭式的意识形态所存在的问题。他们觉得，情绪替代理性是十分危险的事情。卢梭的学说，好像是给人们带来了民主和自由，而实际上更多地给他们带来的却是新的“专制”——多数人的专制。这些批评者重新回顾了孟德斯鸠的思路，对卢梭式的意识形态展开了反思性质的清理。前面提到过的托克维尔，就是其中一个。

托克维尔对卢梭的追随者说，“‘人民的多数在管理国家方面有权决定一切’这句格言，是渎神的和令人讨厌的”。[452] 即使是在美国那样的民主国家里，“多数人的统治极为专制和不可抗拒，以至一个人如

想脱离多数规定的路线，就得放弃自己的某些公民权利，甚至要放弃自己做人的本色 ”。[453]这位卢梭的同乡的言辞有些新奇。因为，在常人的眼里，“专制”一词总是与一个人或者少数人的统治有着联系，多数人的统治叫作“自治”可能更为恰当一点。在基本层面上说，多数人对所有人而言就类似自己对自己，而自己对自己怎么会存在“专制”的问题呢?

显然，我们要站在卢梭的立场来问一下托克维尔：为什么多数人的民主是这样令人无法接受的?

托克维尔有两点“担心 ”。第一，少数人有少数人的权利和自由，既然人人是生来平等的，有什么理由可以断然地剥夺他们的权利和自由？说得巧妙一点，每个人都有可能成为“少数人”里的一员，如果是这样，在多数人的统治下每个个人“仍然没有找到独立自由生活的办法，而只会发现自己在做一桩蠢事，即又沦入新的奴役状态 ”。[454]所以，“假如民主国家把曾经过分妨碍或推迟个人理性飞速发展的各种强权推翻，而只受一个多数的专制权力的统治，那么，这只是换上了一个性质不同的邪恶而已”。[455]

第二，与第一点密切相联系，如果少数个人总是受到压制，丧失自由，那么他们终有一日会发动革命，从而使得社会陷入混乱的无政府状态。就拿美国来说，“假使有一天自由在美国毁灭，那也一定是多数的无限权威所使然，因为这种权威将会使少数忍无可忍，逼得少数诉诸武力。那时将出现无政府状态，但引起这种状态的是专制”。[456]

这两点理由听起来是颇为有道理的。但是，卢梭式的思想对此也不是不能回应的。卢梭曾经说道，“人是生而自由的，但却无往不在枷锁之中 ” [457] 。卢梭这句“名言”可能包含了这样一个意蕴：每个人天生就享有自由的权利，享有这权利不等于可以回避两个现实问题——其一是人人都有不同的自由理想；其二是大家总要生活在一起。既

然如此，就要寻找一个妥协的办法，像霍布斯或者洛克说的那样，要么拿出全部权利，要么拿出部分权利，反正得作出一些个人牺牲才是。用经济学的语汇来说，自由权利是要有义务成本的。

这个回应，托克维尔是不太好再反驳的。

至于多数人可能压制少数人，从而使其发动革命这个问题，也未必就像托克维尔想象的那样严重。其实，假如的确是少数人在一个地方发动了革命，那么，社会整体似乎是不会陷入一片混乱的。大面积的混乱或说无政府状态，一定是多数人的所作所为引起的，少数人的“革命行动”不太可能导致整个社会的瘫痪。

如此说来，托克维尔对卢梭式的多数民主的批评，不过是要求人们再将民主的必要性仔细地说一遍。其实，必要性的思路应该是比较简单的：每个人都会有不同的想法，因而想要得到一个社会的秩序，只有两个方法可供选择，一是由多数人作出决定，二是由少数人或者一个人作出决定。由多数人作出决定，基本上可以使大家荣辱与共，即使一项计划失败了，大家共同承担责任也是没有怨言的。可是由少数人或者一个人作出决定，让大家来承担失败的后果，则是不公平的而且也必然是怨声载道的。尤其在很难说人们想做的一件事将是成功或者失败的情况下，就更需要对可能的失败后果承担一切的公平性。或者，我们可以像丘吉尔那样看待这里的问题：即便多数民主是个糟糕的准则，然而别的准则极为可能更是不妙的。[458]

从托克维尔的思想来看，假如他的确是不喜欢多数人的结局，那么他就只能选择少数人或者一个人的结局。可是，又看不出托克维尔青睐少数人或者一个人的“决定 ”。有人兴许认为，我们可以在多数人和少数人或者一个人之间建立一个制约机制，就像孟德斯鸠想象的权力制约那样，这也不失为一个方略，而且，可以避免要么多数人要么少数人或者一个人这样的尴尬选择，这就为托克维尔的想法找到了一

个现实方向。但是，这种想法是不行的，因为，和权力制约总要遇到一个临时终点一样，[459] 多数人和少数人或者一个人之间的制约也会面对一个结局：要么前者作出一个临时的“最终决定”，要么后者作出一个临时的“最终决定”，不可能没完没了、无始无终地相互制约下去，最后，还是无法逃避“尴尬”的选择。

所以，托克维尔不喜欢多数人的民主，就只能意味着其潜意识里十分倾向于少数人或者一个人的统治。

当然，对卢梭式民主的批评，是托克维尔试图“揭示”多数民主之下法治的弊端的一个铺垫。托克维尔指出，多数人掌握的“立法机构有一种惯于包揽一切权力的倾向”，[460] 而“权力的这种集中，既非常有害于良政的推行，又为多数的专制奠定了基础”。[461] 具体到美国这样的国家，“多数的无限权威及其快速坚定地表达意志的方式，在美国不仅使法律趋于不稳定，并且对法律的执行和国家的行政活动发生了同样的影响”。[462] 概而言之，多数民主之下的法治是存在许多问题的。如果说，孟德斯鸠出于对少数人权力集中的警惕而想起了“分权”这个重要概念，那么，托克维尔可是出于对多数人权力集中的警惕而同样提起了这个概念，虽然，托克维尔没有特别说明，必须要在多数人的立法权力里将一部分权力独立出来。

那么，多数民主之下的法治以及美国那边的状况，是不是像托克维尔讲的那样是十分不理想的？这个问题，读者自然会有自己的答案。

小　结

这一节，我们大致分析解剖了卢梭的法律观念直至政治观念。何以如此？盖缘于法律观念的深入理解，终将触及政治观念甚至哲学观

念。这也算是“具体与一般”的一个例子吧。卢梭的出发点，是要抵抗霍布斯和孟德斯鸠“精英贵族”式的法学理论。而针对孟德斯鸠的法治思想，卢梭发觉那是换汤不换药的另外一类的“人治 ”——法官的统治。所以，要真正实现法治，即人人都服从法律，就必须在田园乡村式的小社会里建立全面的“大民主 ”，一切立法由全体“乡民”来作出决定，一切纠纷也依照这种模式来解决。说起来，这番设想如果能实现，我们前面时常谈论的法律的优劣也就无可争议了。既有法律的统治，又有全体“乡民”的意愿得以贯穿始终，这当然是非常理想的一个局面。

实际上，卢梭是想通过民主的绝对而又彻底的张扬，来为“法治”寻求一个更为牢固的基础，不让“人治”的幽灵时隐时现。此情此愿，的确是可嘉的。

在启蒙思想家的行列里，卢梭是让人争论最多的，溢美之词有之，非议之词有之，就连诋毁谩骂之词也偶有所见。不奇怪，卢梭的类似浪漫艺术家的气质，使其论说有如远古童话一般，又使其言词时常不清甚至前后矛盾。[463] 再有，卢梭提出的“公意”的概念，也是让人难以接受的。因为，它有可能变成一种抽象的和许多具体真实个人意愿相脱离的，反过来又压制这些意愿的霍布斯式的怪兽“利维坦”（即指国家），当然，这极为可能不是卢梭的初衷。

至于托克维尔的批评，那属于不太重要的旁敲侧击。无论如何，后来的人们大体还是认为民主是法律的一个必要基础，哪怕有时真出现了多数人压抑少数人的情况，也只有看做“鱼和熊掌不可兼得”。

第十六章　法治的复杂性

就法治与人治的问题而言，在启蒙时期，霍布斯、孟德斯鸠和卢梭的观点是非常重要的。当然，我们不能忽略其他人比如洛克的观点，他们也是这方面的重要理论家。那个时期的观点交锋，可以说将法治与人治的实质揭示得比较深刻。通过前面引导式的解读发挥，我们已经可以体会他们理论的内在意义。

但是，不论怎样，经过启蒙时期，西方法律思想的基本观念已经大致进入了法治与民主相结合的思路。西方许多人心里清楚，卢梭所讲述的那些观念是不太实际的，乡村式的小国社会的设想存在着一些异想天开的成分，而且“公意”这个概念又是颇为使人感觉担忧的；然而，他所坚持的法治与民主相勾连的信念，是值得赞许的。应该指出，正是这样一种信念，加上孟德斯鸠甚至洛克的法治分权论说，[464]使西方人开始发动了一场举世瞩目的法律现代化运动；使他们大体相信，经过努力，国家即使是人口众多、地域广阔，也依然可以实现法治与民主基本上相互支持的理想境界，也依然可以建造一个具有现代文明品格的法律大厦。[465]在这种乐观的情绪激动的情况下，人治的问题已经被西方人大体上认为不是一个问题了，几乎没有人再去追问法治和人治究竟孰优孰劣了，仿佛这是一个古老而又陌生的，只有在近代以前甚至在柏拉图那样的时代里进行争论，才有一点意义的问题。

这意味着，现在，我们应该走进现代西方法治思想里面。

109　启蒙观念中的“宏伟法治蓝图”

不过，在接近现代西方法治理论的话题之前，有必要将启蒙时期稍后的一些学者设想的“宏伟法治蓝图”描述一下。因为，现代西方法治理论虽然与其存在着延续关系，可还是在重要方面与之分道扬镳了。

许多启蒙时期稍后的学者— —其实也包括一些启蒙思想家本身— —颇为自信，以为人的理性的内在能力是不可限量的。通过缜密、精细、一环扣一环的逻辑演绎，人的理性能够把握世界上一切真理和事物。既然如此，在法律方面，设想、分析、预测复杂多样的行为和情况，并不是一件无法实现的事情。而由此制定出来的法律，当然可以是完美无缺的。不论一个人设想什么样的纠纷情形、什么样的行为方式，都可以在“法律体系”之中找到一一对应的解决答案和指引。

这就是人们常说的“启蒙式”的理性主义立法观。[466]

“启蒙情结”颇深的学者的这番志向，是想告诉世人，法治的首要前提就是建造一个“法律体系 ”，其中包括了所有的法律制度、规则、条文等之类的一般规范式的要素。似乎启蒙学者知道中国古人有句“人定胜天”的谚语，故而坚信大厦最终得以建成。说到这个问题，如果读者记得在前面第085小节讨论的“法律缺陷 ”的问题，一定会觉得，启蒙学者似乎是十分天真的。但是，启蒙学者也知道“法律固有缺陷”这个问题，也知道社会是变幻莫测的，面对变幻莫测的社会，法律总会显得力不从心，可是他们从心灵深处还是认为那不是法律固有的缺陷，而是人尚未彻底发挥自己的理性智慧，没有毅力去认真考察所有可能的世事。而且，曾经提到过的“法律缺陷 ”，也不过是指“不太容易实现的完美的公平对待 ”和“一般解释的难题”。

110　“马车”“手推车”和“脚踏车”

在这里，我们再分析一个例子，看看启蒙式的宏伟志向如果付诸实施将会出现什么样的问题。这个例子，恰好就发生在20世纪初，也就是距离西方大规模的法律现代化运动没有多久的日子。

18世纪至20世纪初，是西方“启蒙情结”学者最为感到鼓舞的时期。那段时期，出现了举世瞩目的1794年《普鲁士腓特烈大帝法典》，出现了至今当代人都还要不断模仿学习的1804年《拿破仑民法典》，出现了寓意精深、风格稳健的1896年《德国民法典》，还出现了倍受赞誉的1907年《瑞士民法典》。它们，都是法律现代化运动催发产生的众多法律文本之中的佼佼者。在层出不穷的法律制度中，人们觉得，可以对社会问题的解决基本放心了。因为，背后垫靠的是基本完美的法律制度。

可是，这个小例子说明事情并不是那么简单。

1912年，英国法院审理了波拉德诉特纳（ Pollard v. Turner）案。在这个案子里，波拉德和特纳因为面包的重量这样一件小事发生了纠纷。特纳是个面包师，天天做面包卖面包。因为是小本生意，加之没有吸引人的门面当铺，特纳只好每天蹬着三轮“脚踏车”沿街外卖。每份面包上标注了价格和重量，但是特纳并没有带上秤。一天下午，波拉德买了特纳的面包，回到家后，因为担心面包缺斤少两，就拿起自家小秤称了一下，结果是重量缺少了四分之一。波拉德立即找到了特纳，要求补足斤两。可是，特纳说，面包都卖出去了，又被波拉德拿回了家里，所以是不能补的。此外，特纳认为波拉德家里的秤是不准确的。

于是，波拉德向法院起诉。

法院在审理过程中感到有些为难。因为1836年英国议会颁布了一个《面包条例》（ Bread Act），里边讲过这样一句话：任何用“轻便

送货车”（cart）或“小型送货车”（carriage）送面包的人，都必须携带秤和秤砣，以备在买主的要求下上秤衡量。可是其中没有提到三轮“脚踏车”（bicycle）。1836年，英国还没有这类“脚踏车 ”，这种轻便车是后来才发明的。当时只要提到“轻便送货车”或者“小型送货车 ”，任何人都会知道，它们仅仅是指马车和手推车。这么讲来，法官不大容易确定三轮“脚踏车”是不是属于“轻便送货车”或者“小型送货车”。[467]

显然，如果认定脚踏车就是一种轻便或者小型的送货车，那么，特纳将会败诉。因为，他没有带秤和秤砣，违反了《面包条例》。相反，如果不这么认为，而说脚踏车是另外一类运输工具，那么，特纳就会胜诉，而波拉德也不能根据这个条例要求特纳承担责任。

案子的结果究竟如何，我们不用去管它。这里，只是想借用这样一个小例子说明“启蒙情结”学者的理性主义立法愿望，可能是不太实际的。他们以为，没有不能认识、不能知道的东西。但是，这对于已经存在的事物来说兴许说得过去，可是对于未来可能发明的东西来说，就不成了。有谁可以说得清楚将来一定会发明创造出什么东西?问得更宽泛一点，谁知道将来会发生什么？当年英国人，就是做梦都没想到会有脚踏车之类的东西被人发明出来，如果知道，一定会将它写进《面包条例》里面，不让后来的法官感到为难。

这意味着什么?

这意味着，追求一个无所不包、一一对应的法律体系的梦想，是不大可能实现的。法律制定出来之后，总要稳定一个时期，不可能朝令夕改，而社会又总是日新月异、不断变化的，甚至不断出现令人意想不到的事情。

可是如果不可能实现，我们又将怎么办？就让法治呈现这样一种令人不大满意的情景吗?

111　亚里士多德的办法

看来似乎只好退而求其次了，不要追求一个永恒完美、一成不变的法律体系，而是先建立一个大概的法律体系，经过一段时间就进行一些修改，就当是做一件不断地把它越修改越完美的工作。这就是，换一种思路，不要预先就急于求大求全，而是一步一个脚印地随社会不断变化而建立一个越来越完美的法律体系。这样说来，法治也可以以另外一种方式有所作为。

这种思路早在古希腊就有人提出过。亚里士多德讲：

原始的许多习俗（不成文规律）必须废改，而且随后所立的成文法律也不应一成不变。在政治方面，恰恰同其他学艺相似，不可能每一条通例都能精确而且无遗漏地编写出来：用普遍词汇所叙录的每一成规总不能完全概括人们千差万殊的行为。初期的法令律例都是不很周详而又欠明确，必须凭人类无数的个别经验进行日新又日新的变革。[468]

当然，亚里士多德又特别地提醒人们注意：

……明白了法律必须在某些情况、在某些时候加以变革的道理，我们仍旧要注意到另一个论点：变革实在是一件应当慎重考虑的大事。人们倘使习惯于轻率的变革，这不是社会的幸福，要是变革的利益不大，则法律和政府方面所包含的一些缺点还是姑且让它沿袭的好；一经更张，法律和政府的威信总要一度降落，这样，变革所得的一些利益也许不足以抵偿更张所受的损失。[469]

亚里士多德的设想暗含了许多意思。第一，法律都是一些由普遍词汇构成的规则，遇到千差万别的具体社会现象难免出现不易应付的局面。第二，对将来的事情难以预测，所以，法律需要不断地修补。

第三，法律毕竟是法律，所以需要一个稳定性的机制，如果因为不太重要的利益而对法律进行重大修改，法律的威信总会日渐式微。

第一点是不用讨论的。因为，“启蒙情结”的学者以为这不是一个问题，只要是存在的社会事务，多花一些时间和精力，就可以彻底地加以把握，这是缘于我们人类理性的强大力量。第二点是比较重要的。它是对理性主义立法观的一个折中态度的表达。意思是说，我们应该有一个完美无缺的法律体系，但是，这不是一朝一夕的事情，而是日积月累的事情。也许这还是一个有始无终的过程。上面，我们提到过这一点。而且，如果“启蒙情结”很深的学者承认像“脚踏车”这类东西有可能是无法预知的，那么，他们就会接受亚里士多德的这个建议。第三点也是比较重要的。它等于讲述了一个法理学的基本道理：法律需要一个“持之以恒”的品性，否则，经常变动，就会和个人性的随意规定没有什么区别了，并且实际上也就没有什么一般规则的意思了。讲这些道理，是为了防止修改法律而造成的负面结果。就连黑格尔也说过含义类似的言语：

法律规定得越明确，其条文就越容易切实地施行。但是规定得过于详细，也会使法律带有经验的色彩，这样，法律在实际执行过程中就不免要被修改，而这就会违背法律的性质。[470]

亚里士多德所提出的解决办法是否可以接受？

有一点是首先需要解决的：什么情况下或者经过多长的时间对法律进行某些修改？亚里士多德没有提出一个具体的答案。他好像是在说，在涉及的利益关系重大的时候，才可以进行修改。然而什么是“关系重大 ”？即使 “关系重大 ”是容易确定的，假如经常发生“关系重大”的利益问题，是不是我们就可以不论时间长短了？这些他就更没有说到了。

其实，是否“关系重大”是不易判断的，也是容易引起争论的。另一方面，真是时常出现了“关系重大”的利益问题，并且由此经常修改法律，便会出现亚里士多德自己也不愿意看到的情况：法律最终变得朝令夕改。所以，应该说，承认法律可以不断修改，恐怕就不易控制修改的时间和原因，就不易防止出现法律落入朝令夕改的悖论。也许有人会替亚里士多德辩解：不对，我们可以固定一个时间，比如10年、20年或者30年，固定下来就可以避免问题了。因为，既能保证法律的修改，又能保证法律不致变化无常，将那些在10年之内接连发生的、预测不到的、关系重大的利益问题放在10年一个时段进行一次处理，依然是可行的。但是如此真是这样，不又等于再次面临英国法官遇到新发明的“脚踏车”那样的案件感到不易解决的境地?

亚里士多德的办法，恐怕是不行的。

为什么不论怎样讨论，亚里士多德和“启蒙情结”学者一样，无法逃避相同的困境？这就涉及了另外一点：规则的特性。在亚里士多德和“启蒙情结”学者的思想里，标准的法律“样板”应该是一种具体明确而且极易拿来即用的“规则 ”（ rule），尽管它有普遍性和一般性。假如在上面所说的三轮“脚踏车”案件里，特纳用的不是“脚踏车 ”，而是一般的马车或者手推车，案件也就十分容易解决了。因为，在这种情况下，具体明确的规则可以轻松地用来解决纠纷，谁都知道“轻便小型送货车”仅仅是指马车和手推车。可是，正是因为规则这类法律“样板”是具体明确的，所以，遇到新的问题就有点措手不及、不易调整。

就算英国议会吸取了教训，发现有了新的三轮“脚踏车 ”，故而后来在《面包条例》里不仅提到“轻便小型送货车 ”，而且明确地说到三轮“脚踏车 ”，规定用“脚踏车”的人也要带上秤和秤砣，这样也还会遇到新的问题。人们实在很难预测，什么时候又有一些新的有如今天我

们看到的复杂新奇的“车”被人们发明出来，那时，规则还是束手无策的。

这暗示了什么？是否暗示了如果不局限于规则的概念，法治的理解将会出现新的出路？

112　原则式的“柔性法治”

现在，设想一下英国《面包条例》不是那么具体地规定“轻便小型送货车”是如何如何的，而是这样规定：所有用“运输工具”（vehicle）送面包的人都必须带上秤和秤砣，以备在买主的要求下上秤衡量。如果的确是这么规定的，波拉德和特纳之间的纠纷就容易解决了。不论怎样，三轮“脚踏车”肯定是一种“运输工具”，特纳没带秤和秤砣，当然是要承担责任的，而法官也就不至于感到棘手了。

更为令人兴奋的是，不仅可以解决三轮“脚踏车”这类新发明的东西，而且可以解决后来发明的汽车、电车等其他种类的运输工具。不论特纳使用什么“车”（或称“运输工具”），只要沿街外卖面包，就要带秤，以备波拉德那样的消费者提出“上秤”要求的时候提供一个明确的重量信息。

这样，我们就得到了一个具有广阔涵盖能力的规范准则，也可以将其叫作原则。这类原则与规则相比的确是不大一样的。第一，原则的适应能力是相当令人满意的，不论社会现象怎样变化多端，它都具有能力一一化解，因为像“运输工具”那样的词显然要比“轻便小型送货车”的外延大得多，什么“车”都能划入其中。第二，既然什么“车”都可以划入其中，自然就不至于时常要面对修改法律的难题。法律，也就可以因此而获得稳定性，避免被人指责为“朝令夕改”式的变相人治。

所以，美国法学家庞德乐观地说：

……考虑一下：怎样从关于运输工具的任务这一基本原则出发，把为马车所定出的法令，统一地推广适用于公共马车、铁路、电车、卡车和飞机，而不需要对相继出现的运输工具规定各种新的规则。也考虑一下，怎样统一地把这些法令推广适用于电报、电话、无线电、煤气、电灯和动力。然后，我们来看法律工作者如何定出一个在一类公用事业中关于任务的更广泛的原则，这种方法使我们的法律由于提供了一个作为论证的出发点，而能应付这些一个接着一个地出现的急剧发展的公用事业部门。[471]

庞德所说的原则是几类原则中的一种。还有一类原则与此略有区别，那是前面曾经提到过的另外一位美国法学家德沃金说过的原则，[472]这类原则是更有吸引力的。我们说过，它是从许多的法律规则和具体判例（像在英语国家）里面抽象出来的。比如，假设有一条具体规则规定，“谋财害命者以命偿命”；另外有一条规则规定，“偷东西者罚”；还有一条规则规定，“没有合法根据拿人家东西要还”，那么，从这三条规定里，就可以抽象出一个原则：不能因过错获得利益。又假设没有上面这三条规定，但是存在一系列与其类似的法院判决（在英语国家），那么，也可从中抽出一个相同的原则。

这类原则怎样用于波拉德诉特纳的案件？

依照德沃金的思路，首先，法官要审查一下其他具体法律规则和法院判例是怎样对待消费者的。假如有的具体规则规定，“买商品质量有问题的，可以退换”；另外有的具体规则规定，“在餐厅饮食时食物给顾客造成损害的，店主赔偿”；还有具体规则规定，“酒店不能依时提供热水服务的，房客可以要求赔偿”；或者，没有这些具体规则规定，只是有一批类似的法院的判决，那么，法官就可以得到一个抽象原则：不能让消费者受到损害。

其次，法官可以将这个原则作为依据，反过来针对波拉德案推出一个具体规则：买面包的消费者可以要求卖主足斤足两，即使卖主以三轮“脚踏车”沿街外卖也是如此。这样，案件照样是可以解决的。

德沃金式的原则要比庞德式的原则更有意义。因为，即使已有的法律规则几乎没有规定，也可以从其他规则或者判例里先推出一个原则，然后再反向推出一个具体规则。

我们可以设想，如果可以肯定庞德和德沃金所说的法律原则的思想，那么，法治似乎也是比较理想的。法治就是法律的统治。所以，一般来说，既然没有人会否认庞德和德沃金说的原则也是法律的一部分，那么，原则式的“柔性法治”也是名副其实的法治。这就不奇怪德沃金讲：法治不仅在于“明确规则的法治 ”，而且在于“原则式的法治 ”，在后一种法治中，同样可以实现相似情况相似对待。[473]

到了这一步，似乎不能不承认，庞德和德沃金提出的“原则式”办法，要比亚里士多德的“不断修改式”的办法较为令人满意一些。

113　法律的“目的”·法治

现在，我们再想一个新的思路。不提原则，而是思考一下法律打算实现的“目的 ”，把这“目的”也看作法律的一部分，看能否得到一个新的法治概念。

再看波拉德诉特纳案。在这个案件里，可以提出这样一个问题：为什么1836年英国议会要在《面包条例》中规定这么一条规定？或者问：英国议会在规定“要带秤和秤砣”的时候，想要达到什么目的？能够想象，面包在英国（当然还有许多西方国家）是一种十分常见的日常食品，既然是天天要吃的东西，和它有关的交易或者买卖自然是频繁的。频繁的事情就需要法律加以管理。而在食品的交易中，颇为重

要的是食品质量，还有就是食品的买卖公平。当年，英国议会指出像特纳那样的面包卖者“要带秤和秤砣 ”，目的正是希望面包的买卖要公平，希望卖主和买主在交易的时候，当场斤两钱财两清，免得过后出现争议。

这个目的应该说是清楚的。既然议会立法者有这个目的，为什么不能在波拉德诉特纳的案件里用一用？大家一般都会赞同这个见解：《面包条例》的意思要以立法者的想法作为根据，不论其意思是清楚的还是不清楚的，都要依据其来处理问题。因为，法官那样的司法者需要尊重立法者的意志。特纳只是踩着三轮“脚踏车”卖面包，没有推着“轻便小型送货车 ”，总不至于因此就不顾立法者的基本目的吧？在这里，显然，考虑目的要比考虑“脚踏车到底是不是轻便小型送货车”来得更为重要。

这样，虽然《面包条例》没有提到脚踏车，可是依照法律的“目的”，还是可以审理这桩案件的，进而可以看到一类“柔性的”法治。美国法学家富勒告诉我们，虽然“法治的基本原则在于，法律机构对公民的行为必须是合法的，来自预先宣告的一般规则”，[474] 但是，法治不意味着仅仅适用那些具体明确的细致规则，法治允许而且推崇对法律目的的理解，允许并推崇以此为根据得出具体的法律结论。[475] 换句话说，法律的 “目的 ”当然属于法律的一部分，用它来解决问题，同样是法律的统治。

可以发觉，这类以法律的“目的”作为包装的“法治 ”，与上面法律原则式的“法治”的确是异曲同工的。其实，到了现代，西方学者讲述的法治大多是规则、原则和法律“目的”彼此柔和、互为补充的法治。没有人再去固执地坚持“一一对应”那类纯粹的规则法治。他们有时还谈到法律的“精神”：

人类的语言和预见能力不可能发挥得精确无误。人们不可能预见某个法律问题之内的所有可能发生的案件……根据法律规定的精神进行法律解释，不会使法律失掉确定性和可预见性，但这种解释需要司法机构高度的自我控制。[476]

必须承认，这的确是法治的新思路。

114 “鱼”和“熊掌”

不过，需要从两个方面来看待问题。“柔性的”法治固然要比亚里士多德的办法具有更多的想象空间，可是它也有另一方面的问题。

比如，像庞德那样的原则规定就是很宽泛的，有的时候就不一定那么容易适用。假设就一项契约协议是否有效来讲，法律只是大致规定“只要意思表示真实，契约就算成立”，那么，有时候的确不易处理问题。有人仅仅口头约定了买卖一块大面积的土地，虽然意思表示是真实的，但是有效吗？一般而言，土地是一种非常重要的不动产（即不能移动的财产），利益重大，牵扯的方方面面也是非常复杂的，仅仅口头约定恐怕就是非常不适宜的，发生了纠纷也是非常不易处理的。所以，从古代开始，许多法学家就认为土地买卖必须使用书面契约，否则以无效来论。面对白纸黑字的书面契约，一般人是不会否定的。到今天为止，人们也大致上是这么认为的。所以，法律规定得十分宽泛，自然就会出现不易操作的问题，而这正好反衬了具体规则的优点。

再如，像德沃金所强调的原则，也难以获得一个统一一致的认识。人们当然可以根据一系列的具体规则或者判例，推演出一个一般原则。但是，根据另外一个系列具体规则或判例，也能推演出一个意思相反的一般原则。假设有个具体规则规定，“没有理由便占有他人房

屋超过2年的，可以取得所有权”［古罗马《十二表法》第6表第3条就规定：“凡占有土地（包括房屋）2年，其他物品1年的，即因时效取得所有权”］；另外有一个具体规则规定，“向他人借钱超过2年，即使有意不还，对方的追索权利也可丧失”（这是许多当代法律规定的诉讼时效）。再有就是一些法院的判决同样表达了这样一个意思，那么，不就可以得到一个原则，“可以因为过错而获得利益”。显然，这个原则和前面说的“不能因过错而获得利益”的原则是相互对立的。其实，德沃金自己也不否认存在这个问题。[477]

说到富勒所提到的法律“目的”，也有这样的困扰。当然可以认为，1836年的《面包条例》的目的是希望卖主与买主之间的交易是公平的，它要求卖主带上秤和秤砣，正是为了避免纠纷的出现。但是，我们还可以设想出另外一个“目的”：要求卖主带上秤和秤砣是为了降低“交易成本”，促进买卖成交的成功率，倒不一定是非要为了“公平”。

所谓“交易成本”是讲为了交易总要付出一些代价。试想，如果特纳那样的面包销售者不带秤，那么，买面包的人就会担心卖出的面包是否足斤足两。为了买卖成功，有的买主就会想办法，并且为此而支出一些费用，比如自己买秤。而如果为了单纯买面包就去商店买秤，有人就会考虑这是否是值得的。经常买面包的人可能觉得值得，不经常买的人却可能以为“得不偿失”。于是，买主买秤，就表现为面包买卖的一个“交易成本”。可以发现，这个成本可能会使许多人对特纳那样的面包销售者卖的面包“望而却步”，因为他们不希望“得不偿失”。这时候“交易成本”增大了。接下来，不带秤的面包销售者的生意就会慢慢地减少，买卖成功率也会越来越低。

反过来，要求特纳那样的面包销售者带秤，虽然说也是增加了“交易成本”（销售者自己买秤），可是相对多数的买主来讲，这个成本

就小多了。同时，买主们一见到销售者带了秤，自然就会大大减少怀疑是否足斤足两的忧虑，而且通常情况下，也不会自己买秤以备核实。这样，“交易成本”降低了，生意也就极为可能逐渐增加，再从“宏观”来说，社会经济又会蓬勃发展。

能说这不是立法者的一个目的吗?

对庞德、德沃金和富勒理论进行这样的分析，表明我们不易得到一个具体明确的法律答案，对原则和“目的”之类的理解，自然是容易见仁见智，最后出现“各有道理”的局面。假如我们特别强调法律的明确性和可预测性，原则和“目的”的东西肯定是不会令人满意的，这是说，对比具体规则来讲，它们是不太明确的，又是不太容易预测的，人们时常可能不太清楚法官考虑原则和“目的 ”后会得出一个什么样的具体结论。原则和“目的”式法治的问题，恰恰是规则式法治的优点。

怎么办？前面说的“启蒙情结”学者的理性主义立法观是不理想的，亚里士多德的办法也是不理想的，那些主张原则和“目的 ”的学者的见解也是难以令人满意的。

不过，我们已经说过，最后一种见解可能相对来说要好一些。因为，它毕竟可以建构一个大致稳定而又具有较为理想的涵盖能力的“法律体系 ”，使法治在基本层面上得以较为顺利地实现。当然，归根结底，凡事都“鱼和熊掌不可兼得 ”。这或许是现代西方某些学者赞同最后一种见解的一个原因。

小　结

进入了现代社会，西方人对法治依然是孜孜以求。可是，对法治本身的理解却复杂多样了。他们不仅思考法治应该是“具有明确性”的，而且思考法治应该具有“灵活柔性”。

从亚里士多德的时代开始，不少西方学者相信法治是十分理想的社会治理形态。相比人治，法治似乎是具有许多优点的。他们以为，法治具有几个关键性的意义：第一，它是对政府权力的约束，让法律而不是政府的权力具有最高的权威；第二，它要求每个人，不论政府官员还是一般平民，都要遵守明确的规定；第三，它要求有一个客观中立的不受任何他人影响的司法阶层来保证法律的运行；第四，它要求有一个无所不包、完美无缺的法律制度。而实现了这些意义，法治也就十分可靠了。人治，也将没有存在的理由。

但是，柏拉图早就提出了法律还是有点缺陷的问题，有缺陷，就意味着离不开人的智慧。到了霍布斯，人们认为法律还是需要人来制定的，而制定者只要愿意就可以跳出法律之外，如此，法律如何约束制定者？进入现代，西方人终于发觉至善至美的法律体系是可望而不可即的，要想保留法治的价值，就要让法律拥有柔性机制以适应瞬息万变的社会现象。而柔性机制，就等于悄悄地默认了“人”的因素可以略微“影响”法律的实现，这给那些原本应该客观中立的司法阶层“利用”法律开了方便之门。这样讲来，人治的阴影又可谓是依然存在。

法律肯定是有其优点的，否则西方法律思想就不会不断地对其加以赞扬，这是一个基本的出发点。但是，在法治和人治的关系中来看法律，问题便不像人们想象的那样简单。如果认为“凡事都是有利有弊的 ”，依此，法律也只能是无法例外的。对法律表达崇敬的时候保留一份警惕，或许是必要的。

当然，对法律以及法治与人治这样的问题的不同看法，就如同我们在引言中所提到的那样，和思想者思考的不同角度存在着密切联系。在这个意义上，法律思想必然是多种多样的，而且也是相互斗争的。这也是为什么西方法律思想过去、现代、将来可以源远流长并且不断演化的根本原因之所在。如果思考的不同角度的确是重要的，我

想用亚里士多德很早就说过的一段话作为全书的一个概括性的结束语：

修辞术是论辩术的对应物，因为二者都论证那种在一定程度上是人人都能认识的事理，而且都不属于任何一种科学。人人都使用这两种艺术，因为人人都企图批评一个论点或者支持一个论点，为自己辩护或者控告别人。[478]

参引文献

中文

阿奎那，《阿奎那政治著作选》，马清槐译，商务印书馆1982年版。

柏拉图，《政治家》，黄克剑译，北京广播学院出版社1994年版。

柏拉图，《理想国》，郭斌和、张竹明译，商务印书馆1986年版。

柏拉图，《游叙弗伦·苏格拉底的申辩·克力同》，严群译，商务印书馆1983年版。

彼德罗·彭梵得，《罗马法教科书》，黄风译，中国政法大学出版社1992年版。

边沁，《政府片论》，沈叔平等译，商务印书馆1995年版。

波普，《开放社会及其敌人》，杜汝楫、戴雅民译，山西高校联合出版社1992年版。

迪尔凯姆，《社会学方法的准则》，狄玉明译，商务印书馆1995年版。

弗里德曼，《法律制度》，李琼英、林欣译，中国政法大学出版社1994年版。

哈林顿，《大洋国》，何新译，商务印书馆1981年版。

哈耶克，《通往奴役之路》，王明毅、冯兴元等译，中国社会科学出版社1997年版。

汉密尔顿、杰伊、麦迪逊，《联邦党人文集》，程逢如、在汉、舒逊译，商务印书馆1982年版。

黑格尔，《法哲学原理》，范扬、张企泰译，商务印书馆1982年版。

霍贝尔，《原始人的法》，严存生等译，贵州人民出版社1992年版。

霍布斯，《利维坦》，黎思复、黎廷弼译，商务印书馆1985年版。

凯尔森，《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，中国大百科全书出版社1996年版。

考文，《美国宪法的“高级法”背景》，强世功译，三联书店1996年版。

勒内·达维德，《当代主要法律体系》，漆竹生译，上海译文出版社1984年版。

罗素，《西方哲学史》，何兆武、李约瑟译，商务印书馆1982年版。

罗尔斯，《正义论》，何怀宏、何包钢、廖申白译，中国社会科学出版社1988年版。

洛克，《政府论》（下篇），叶启芳，瞿菊农译，商务印书馆1983年版。

卢梭，《社会契约论》，何兆武译，商务印书馆1982年版。

卢梭，《论人类不平等的起源和基础》，李常山译，东林校，商务印书馆1982年版。

马基雅维利，《君主论》，潘汉典译，商务印书馆1985年版。

马里旦，《人和国家》，沈宗灵译，商务印书馆1964年版。

孟德斯鸠，《论法的精神》，张雁深译，商务印书馆1982年版。

孟德斯鸠，《波斯人信札》，罗大冈译，人民文学出版社1958年版。

密尔，《论自由》，程崇华译，商务印书馆1982年版。

潘恩，《潘恩选集》，马清槐译，商务印书馆1982年版。

庞德，《通过法律的社会控制·法律的任务》，沈宗灵、董世忠译，杨昌裕、楼邦彦校，商务印书馆1984年版。萨拜因，《政治学说史》，盛葵阳、崔妙因译，南木校，商务印书馆1986年版。

萨托利，《民主新论》，冯克利、阎克文译，东方出版社1993年版。

色诺芬，《回忆苏格拉底》，吴永泉译，商务印书馆1984年版。

斯宾诺莎，《神学政治论》，温锡增译，商务印书馆1982年版。

莎士比亚，《威尼斯商人》，朱生豪译，中国国际广播出版社2001年版。

施瓦布，《希腊神话故事》，刘超之、艾英译，宗教文化出版社1996年版。

王安石，《王安石全集》，秦克、巩军点校，上海古籍出版社1999年版。

托克维尔，《论美国的民主》，董国良译，商务印书馆1997年版。

西塞罗，《论共和国·论法律》，王焕生译，中国政法大学出版社1997年版。

亚里士多德，《修辞学》，罗念生译，三联书店1991年版。

亚里士多德，《尼各马科伦理学》，苗力田译，中国社会科学出版社1990年版。

亚里士多德，《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆1983年版。

亚里士多德，《雅典政制》，日知、立野译，商务印书馆1978年版。

荀况，《荀子》，杨倞注，上海古籍出版社1989年版。

查士丁尼，《法学总论》，张企泰译，商务印书馆1989年版。

外文

Austin, John.1995. The Province of Jurisprudence Determined. edited by Wilfirid Rumble, New York: Cambridge University Press.

Austin, John.1885. Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law.5th edition, revised and edited by Robert Campbell, London: John Murray.

Barkun, Michael.1968. Law without Sanctions. New Haven: Yale University Press.

Bentham, Jeremy.1970. Of Laws in General. edited by H.L.A. Hart, London: The Athlone Press University of London.

Bentham, Jeremy.1948. An Introduction to the Principlesof Morals and Legislation. New York: Hafner Publishing Co..

Bentham, Jeremy.1931. The Theory of Legislation. edited by C.K. Ogden, London: Routledge & Kegan Paul , Ltd..

Bingham, J.M.1912. "What is Law?". Michigan Law Review, vol.11.

Blackstone, William.1825. Commentaries on the Laws ofEngland.16th edition, London.

Bodenheimer, Edgar.1974. Jurisprudence: the philosophy and method of the law. Cambridge: Harvard University Press.

Cardozo, Benjamin N.1924. The Growth of the Law. New Haven:Yale University Press.

Cohen, Felix.1960. The Legal Conscience: Selected Papers. New Haven: Yale University Press.

Cotterrell, Roger.1992. The Sociology of Law: An Introduction.2th edition. London: Butterworths.

Cross, Robert.1987.Statutory Interpretation. London: Butterworths.

Devlin, Patrick.1973. "Law in a restless society". New Law Journal,vol.123.

Devlin, Patrick.1965. TheEnforcementofMorals. London: Oxford University Press.

Dicey, Albert.1961. Introduction to the Study of the Law of the Constitution.10th edition, E.C.S. Wade, London: Macmillan & Co. Ltd.

Dworkin, Ronald.1986. Law's Empire. Cam br idge: Har var d University Press.

Dworkin, Ronald.1985. A Matter of Principle. Cambridge: Harvard University Press.

Dworkin, Ronald.1978. Taking Rights Seriously. Cambridge: Harvard University Press.

Ehrlich, Eugen.1936. FundamentalPrinciples of theSociologyof Law. translated by Walter Moll, Cambridge: Harvard University Press.

Eidelberg, Paul.1968. The Philosophy of the American Constitution.New York: The Free Press.

Frank, Jerome.1963. Law and Modern Mind. Garden City: Doubleday & Co..

Friedmann, Wolfgang.1967. Legal Theory.5th edition, London: Stevens & Sons, Ltd. Fuller, Lon L .1969. The Morality of Law. New H aven: Yale University Press.

Fuller, Lon L.1960. Harvard Law School Library, Lon L.

Fuller Papers. Fuller, Lon L.1958. "Positivisim and Fidelity to Law-A Reply to Professor Hart".Harvard Law Review, vol.71.

Fuller, Lon L.1954. "American Legal Philosophy as Mid-Century". Journal of Legal Education, vol.6.

Gray, John Chipman.1921. The Nature and Sources of Law. New York: The Macmillan Company.

Grotius, Hugo.1925. De Jure Belli ac Pacis Libri Tres, translated by F.W. Kelsey, Oxford: Clarendon Press.

Hart, H.L.A.1987. "Comment", in Issues in Contemporary Legal Philosophy: the influence of H.L.A. Hart. edited by Ruth Gavison, Oxford: Clarendon Press.

Hart, H.L.A.1962. Law, Liberty and Morality. Oxford: Oxford University Press.

Hart, H.L.A.1961.The Concept of Law. Oxford: Clarendon Press.

Hart, H.L.A.1957-1958. "Positivism and Separation of Law and Morals".Harvard Law Review, vol.71.

Hasnas, John.1995. "The Myth of the Rule of Law".Wisconsin Law Review, vol.199.

Holmes, Oliver Wendell.1963. The Common Law. edited by Mark Howe, Boston: Little, Brown and Co..

Holmes, Oliver Wendell.1897. "The Path of Law". Harvard Law Review. vol.10.

Kant, Immanuel.1965. The Metaphysical Elements of Justice. Translated by John Ladd, New York: The Bobbs-Merrill Company, Inc..

Kelsen, Hans.1967. Pure Theory of Law. translated by Max Knight, Berkeley: University of California Press.

Kennedy, Duncan.1976. "Form and Substance in Private Law Adjudication".Harvard Law Review, vol.89.

Llewellyn, Karl.1981. The Bramble Bush. New York: Oceana Publication.

Llewellyn, Karl.1934. "The Constitution as an Institution". Columbia Law Review, vol.34.

Lyons, David.1984. Ethics and The Rule of Law. New York: Cambridge University Press.

Maine, Henry.1987. Lectures on the Early History of Institutions.New York: Henry Holt and Company.

Malinowski, Bronislaw.1926. Crime and Customin Savage Society. London: Kegan Paul, Trench, Trubner & Co, Ltd..

Neumann, Franz.1986. The Rule of Law: political theory and the legal system in modern society. London: Berg Publishers Ltd..

Parsons, Talcott.1951.The Social System. New York: Free Press.

Pollock, Frederick.1929. A First Book of Jurisprudence.6th edition,London: Macmillan Co. Ltd..

Pound, Roscoe.1923. An Introduction to the Philosophy of Law. New Haven: Yale University Press.

Rawls, John.1964. "Legal Obligation and the Duty of Fair Play", in Lawand Philosophy: asymposium. edited by Sidney Hook. New York: New York University Press.

Roberson, Peter.1981.Sociology. New Haven: Worth Publishing.

Ross, Alf.1946. Towardsa Realistic Jurisprudence. translated by Annie Fausboll, Copenhagen: Einar Munksgaard.

Savigny, Friedrich Karl von.1831. Of the Vocation of Our Age for Legislation and Jurisprudence.2nd edition, translated by Abraham Hayward, London: Littlewood & Co..

Selznick, Philip.1969. Law, Society and Industrial Justice. New York: Russell Sage Foundation.

Simmonds, N.E.1986. CentralIssues in Jurisprudence: justice, law and rights. London: Sweet & Maxwell.

Singer, Joseph.1984. "The Player and the Cards: Nihilism and Legal Theory".Yale Law Journal, vol.96.

Stein, Peter and Shand, John.1974. Legal Values in Western Society. Chicago: Aldine Publishing Co. Inc..

Summers, Robert.1971. "Professor Fuller on Morality and Law", in More Essays in Legal Philosophy. edited by Robert Sum mers , Berkeley: University of California Press.

Taylor, Richard.1968. "Law and Morality". New York University Law Review., vol.43.

Timasheff, N.S.1939. An Introduction to the Sociology of Law. Cambridge: Harvard University Committee on Research in the Social Sciences.

Vinogradoff, Paul.1959. Common-Sense in Law. edited by H. G. Hanbury, London: Oxford University Press. Walker, David.1980. The Oxford Companion to Law. Oxford: Clarendon Press.

Weber, Max.1978. Economy and Society. edited by Guenther Roth and Claus Wittich, Berkeley: University of California Press.

Wilson, James.1896. Works. edited by James Andrews. Chicago: Callaghan and Company.

Winth, Peter.1958. The Idea of a Social Science. London: Routledge & Kegan Paul.

"Wolfenden Report".1957. Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution, Cmd.247.

[1] 罗素：《西方哲学史》，何兆武、李约瑟译，商务印书馆1982年版，第127页。

[2] 色诺芬：《回忆苏格拉底》，吴永泉译，商务印书馆1984年版，第8页。

[3] 柏拉图：《游叙弗伦·苏格拉底的申辩·克力同》，严群译，商务印书馆1983年版，第59页；色诺芬：《回忆苏格拉底》，第1页。

[4] 亚里士多德：《雅典政制》，日知、立野译，商务印书馆1978年版，第46页。

[5] 柏拉图：《游叙弗伦·苏格拉底的申辩·克力同》，第73页。

[6] 柏拉图：《游叙弗伦·苏格拉底的申辩·克力同》，第59、60页。

[7] 柏拉图：《游叙弗伦·苏格拉底的申辩·克力同》，第61页。

[8] 柏拉图：《游叙弗伦·苏格拉底的申辩·克力同》，第62页。

[9] 柏拉图：《游叙弗伦·苏格拉底的申辩·克力同》，第73页。

[10] 柏拉图：《游叙弗伦·苏格拉底的申辩·克力同》，第107页。

[11] 色诺芬：《回忆苏格拉底》，第167页。

[12] 柏拉图：《游叙弗伦·苏格拉底的申辩·克力同》，第108—111页。

[13] 柏拉图：《游叙弗伦·苏格拉底的申辩·克力同》，第99、100页。

[14] 柏拉图：《理想国》，郭斌和、张竹明译，商务印书馆1986年版，第19页。

[15] 亚里士多德：《尼各马科伦理学》，苗力田译，中国社会科学出版社1990年版，第90页。

[16] 庞德：《通过法律的社会控制·法律的任务》，沈宗灵、董世忠译，杨昌裕、楼邦彦校，商务印书馆1984年版，第79—80页。

[17] 霍布斯：《利维坦》，黎思复、黎廷弼译，商务印书馆1985年版，第210页。

[18] 霍布斯：《利维坦》，第212页。

[19] 霍布斯：《利维坦》，第214页。

[20] 霍布斯：《利维坦》，第95页。

[21] 霍布斯：《利维坦》，第131页。

[22] 霍布斯：《利维坦》，第153页。

[23] 霍布斯：《利维坦》，第214页。

[24] 霍布斯：《利维坦》，第214页。

[25] Jeremy Bentham, Of Laws in General. ed. H. L. A. Hart, London: The Athlone Press University of London,1970, p.1.

[26] Bentham, Of Laws in General, p.14.

[27] John Austin, The Province of Jurisprudence Determined. ed. Wilfirid Rumble, New York: Cambridge University Press,1995, p.18.

[28] Austin, The Province of Jurisprudence Determined. ed. Wil.rid Rumble, p.29.

[29] A ust in, The Province of Jurisprudence Determined , p .21.

[30] A ust in, The Province of Jurisprudence Determined , p .30.

[31] A ust in, The Province of Jurisprudence Determined , p .24.

[32] A ust in, The Province of Jurisprudence Determined , p .24.

[33] A ust in, The Province of Jurisprudence Determined , p .25.

[34] 边沁：《政府片论》，沈叔平等译，商务印书馆1995年版，第231页。

[35] Be nt ham, Of Laws in General , p .54.

[36] Be nt ham, Of Laws in General , pp .21,22.

[37] Be nt ham, Of Laws in General , p .18; A ust in, The Province of Jurisprudence Determined , p .166.

[38] 关于这里对边沁和奥斯丁的批评，参见 H.L.A. Hart, The Concept of Law. Oxford: Clarendon Press,1961, pp.18-25。

[39] 边沁：《政府片论》，第231页。

[40] William Blackstone, Commentaries on the Laws of England.16th ed., London,1825, p.49.

[41] Hart, The Concept of Law, p.27.

[42] 阿奎那：《阿奎那政治著作选》，马清槐译，商务印书馆1982年版，第121页。

[43] Immanuel Kant, The Metaphysical Elements of Justice. trans. John Ladd, New York:The Bobbs-Merrill Company, Inc.,1965, pp.35-37.

[44] Austin, The Province of Jurisprudence Determined, pp.22-24.

[45] 霍贝尔：《原始人的法》，严存生等译，贵州人民出版社1992年版，第23页。

[46] F r a n z Neuman n , The Rule of Law: political theory and the legal system in modern society . London: Be rg P ublishe rs Lt d.,1986, p .11.

[47] Hart, The Concept of Law, p.80.

[48] 凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，中国大百科全书出版社1996年版，第33页。

[49] 霍贝尔，《原始人的法》，第23页。

[50] 阿奎那：《阿奎那政治著作选》，第151页。

[51] Alf Ross, Towards a Realistic Jurisprudence. trans. Annie Fausboll, Copenhagen: Einar Munksgaard,1946, pp.111-112.

[52] 哈特就是这样认为的，见Hart, The Concept of Law, pp.40-41。

[53] 霍布斯：《利维坦》，第206页。

[54] 霍布斯：《利维坦》，第209页。

[55] 霍布斯：《利维坦》，第209页。

[56] 马里旦：《人和国家》，沈宗灵译，商务印书馆1964年版，第15页。

[57] 凯尔森：《法与国家的一般理论》，第210页。

[58] Benjamin N. Cardozo, The Growth of the Law. New Haven: Yale University Press,1924, p.3.

[59] 卢梭：《社会契约论》，何兆武译，商务印书馆1982年版，第50页。

[60] A ust in, The Province of Jurisprudence Determined , p .24.

[61] 霍布斯：《利维坦》，第211 —212页。

[62] 亚里士多德：《尼各马科伦理学》，第103页。

[63] 西塞罗：《论共和国·论法律》，王焕生译，中国政法大学出版社1997年版，第190页。

[64] 阿奎那：《阿奎那政治著作选》，第104页。

[65] Peter Stein ， John Shand, Legal Values in Western Society. Chicago: Aldine Publishing Co. Inc.,1974, p.94.

[66] 亚里士多德：《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆1983年版，第163页。

[67] 亚里士多德：《修辞学》，罗念生译，三联书店1991年版，第60页。

[68] 亚里士多德：《修辞学》，第62页。

[69] John Austin, Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law. rev. and ed. Robert Campbell, London: John Murray,1885, vol. I, pp.638-639.

[70] 卢梭：《社会契约论》，第51页。

[71] 霍布斯：《利维坦》，第213页。

[72] N.Y.506,22 N.E.188 (1889).

[73] John Chipman Gray, The Nature and Sources of Law. New York: The Macmillan Company,1921, p.172.

[74] Gra y , The Nature and Sources of Law , p .7.

[75] Gra y , The Nature and Sources of Law , p .84.

[76] Gra y , The Nature and Sources of Law , p .84.

[77] 43 S.E.732 (Ga.1903).

[78] Gra y , The Nature and Sources of Law , p .124.

[79] Gra y , The Nature and Sources of Law , p .82.

[80] Gra y , The Nature and Sources of Law , p .79.

[81] Oliver Wendell Holmes, "The Path of Law". Harvard Law Review,10 (1897), p.461.

[82] Holmes, "The Path of Law", pp.459-461.

[83] Holmes, "The Path of Law", p.458.

[84] Oliver Wendell Holmes, The Common Law. Boston: Little, Brown and Co.,1963, p.1.

[85] Holmes, "The Path of Law", p.458.

[86] Jerome Frank, Law and Modern Mind. Garden City: Doubleday & Co.,1963, pp.183-199.

[87] Karl Llewellyn, "The Constitution as an Institution". Columbia Law Review,34 (1934), p.7.

[88] F rank, Law and Modern Mind , pp .50-51.

[89] F rank, Law and Modern Mind , p .51.

[90] Richard Taylor, "Law and Morality". New York University Law Review,43 (1968), p.627.

[91] Taylor, "Law and Morality", p.626.

[92] Karl Llewellyn, The Bramble Bush. New York: Oceana Publication,1981, p.3.

[93] Frank, Law and Modern Mind, p.120.

[94] F rank, Law and Modern Mind , pp .34-43.

[95] Joseph Bingham, "What is Law". Michigan Law Review,11 (1912), p.10.

[96] Eugen Ehrlich, Fundamental Principles of the Sociology of Law. trans. Walter Moll,>Cambridge: Harvard University Press,1936, pp.10-11.

[97] Ehrlich, Fundamental Principles of the Sociology of Law, p.11.

[98] Taylor v. Glasgow Corporation,1922 S.C. (H.L.)1; [1922]1 A.C.44.

[99] Ehrlic h, Fundamental Principles of the Sociology of Law , p .21.

[100] Ehrlic h, Fundamental Principles of the Sociology of Law , p .497.

[101] Ehrlic h, Fundamental Principles of the Sociology of Law , pre fac e .

[102] Philip Selznick, Law, Society and Industrial Justice. New York: Russell Sage Foundation,1969, p.7.

[103] 孟德斯鸠：《论法的精神》，张雁深译，商务印书馆1982年版，第7页。

[104] 孟德斯鸠：《论法的精神》，第311页。

[105] 托克维尔：《论美国的民主》，董国良译，商务印书馆1997年版，第184页。

[106] Henry Maine, Lectures on the Early History of Institutions. New York: Henry Holt and Company,1987, pp.375-386.

[107] Austin, The Province of Jurisprudence Determined, pp.28-29.

[108] 孟德斯鸠：《论法的精神》，第310页。

[109] Ehrlic h, Fundamental Principles of the Sociology of Law , p .68.

[110] 孟德斯鸠：《论法的精神》，第1页。

[111] Bronislaw Malinowski, Crime and Custom in Savage Society. London: Kegan Paul,rench, Trubner & Co., Ltd.,1926, p.59.

[112] Michael Barkun, Law without Sanctions. New Haven: Yale University Press,1968, p.92.

[113] Lon L. Fuller, The Morality of Law.New Haven: Yale University Press,1969, p.106.

[114] Felix Cohen, The Legal Conscience: Selected Papers. New Haven: Yale University Press,1960, p.187.

[115] 弗里德曼：《法律制度》，李琼英、林欣译，中国政法大学出版社1994年版，第11页。

[116] Ehrlich, Fundamental Principles of the Sociology of Law, pp.167-168.

[117] 凯尔森：《法与国家的一般理论》，第197页。

[118] Har t , The Concept of Law, p .55.

[119] Har t , The Concept of Law , p .83.

[120] Hart, The Concept of Law, p.113.

[121] Hart, The Concept of Law, pp.59,114.

[122] Ehrlic h, Fundamental Principles of the Sociology of Law , p .23.

[123] Hart, The Concept of Law, pp.78-79.

[124] Hart, The Concept of Law, pp.77,79.

[125] Rule of recognition，国内有人翻译成"承认规则""确认规则"。

[126] Hart, The Concept of Law, p.107.

[127] Hart, The Concept of Law, p.113.

[128] Hart, The Concept of Law, p.114.

[129] 199 P.2d1,33 Cal.2d80 (1948) (en banc).

[130] 199 P.2d1,33 Cal.2d80 (1948) (en banc).

[131] 迪尔凯姆：《社会学方法的准则》，狄玉明译，商务印书馆1995年版，第35页。

[132] 迪尔凯姆：《社会学方法的准则》，第34页。

[133] Roger Cotterrell, The Sociology of Law: An Introduction. London: Butterworths,1992, p.12.

[134] Max Weber, Economy and Society. ed. Guenther Roth and Claus Wittich, Berkeley: University of California Press,1978, p.8.

[135] Weber, Economy and Society , p .1213.

[136] Peter Winch, The Idea of a Social Science . London:Routle dge & KeganPaul,1958,p.88 .

[137] Winch, The Idea of a Social Science , p .115.

[138] Hart, The Concept of Law, p.242.

[139] Robert Cross, Statutory Interpretation. London: Butterworths,1987, p.49.

[140] Cross , Statutory Interpretation , p .50.

[140-1] Cross , Statutory Interpretation , p .59.

[141] 凯尔森：《法与国家的一般理论》，第34页。

[142] 参见第015小节。

[143] 凯尔森：《法与国家的一般理论》，第34页。

[144] 凯尔森：《法与国家的一般理论》，第35页。

[145] 凯尔森：《法与国家的一般理论》，第35页。

[146] A ust in, The Province of Jurisprudence Determined , pp .212-214.

[147] 凯尔森：《法与国家的一般理论》，第130 —131页。

[148] A ust in, The Province of Jurisprudence Determined , pp .21,22.

[149] 凯尔森：《法与国家的一般理论》，第33页。

[150] 凯尔森：《法与国家的一般理论》，第33页。

[151] 凯尔森：《法与国家的一般理论》，第125页。

[152] 凯尔森：《法与国家的一般理论》，第125页。

[153] 凯尔森：《法与国家的一般理论》，第30—31页。

[154] 凯尔森：《法与国家的一般理论》，第39页；Hans Kelsen, Pure Theory of Law. trans. Max Knight, Berkeley: University of California Press,1967, p.4。

[155] 凯尔森：《法与国家的一般理论》，第39页。

[156] 凯尔森：《法与国家的一般理论》，第48—49页。

[157] Kelsen, Pure Theory of Law, p.5.

[158] 凯尔森：《法与国家的一般理论》，第127页。

[159] 凯尔森：《法与国家的一般理论》，第128—129页。

[160] 参见第033小节。

[161] 凯尔森：《法与国家的一般理论》，第136页。

[162] 凯尔森：《法与国家的一般理论》，第131—132页。

[163] 凯尔森：《法与国家的一般理论》，第132页。

[164] 凯尔森：《法与国家的一般理论》，第128页。

[165] 凯尔森：《法与国家的一般理论》，第129页。

[166] 凯尔森：《法与国家的一般理论》，第127页。

[167] 凯尔森：《法与国家的一般理论》，第134页。

[168] 凯尔森：《法与国家的一般理论》，第134、136页。

[169] Hart, The Concept of Law, p.113.

[170] Hart, The Concept of Law, pp.105-106.

[171] 凯尔森：《法与国家的一般理论》，第39页。

[172] 凯尔森：《法与国家的一般理论》，第39—40页。

[173] 凯尔森：《法与国家的一般理论》，第32页。

[174] 凯尔森：《法与国家的一般理论》，第124页。

[175] 凯尔森：《法与国家的一般理论》，第135页。

[176] 凯尔森：《法与国家的一般理论》，第14—15页。

[177] 凯尔森：《法与国家的一般理论》，第19页。

[178] 凯尔森：《法与国家的一般理论》，第27页。

[179] 凯尔森：《法与国家的一般理论》，第20页。

[180] 凯尔森：《法与国家的一般理论》，第21页。

[181] David Lyons, Ethics and TheRuleof Law. New York: Cambridge University Press,1984, p.54.

[182] 凯尔森：《法与国家的一般理论》，第185页。

[183] 凯尔森：《法与国家的一般理论》，第4页；Kelsen, Pure Theory of Law, p.30。

[184] 凯尔森：《法与国家的一般理论》，第19页。

[185] Hart, The Concept of Law, preface.

[186] 参见第031、032小节。

[187] Hart, The Concept of Law, preface.

[188] 参见第069小节。

[189] Lon L. Fuller, The Morality of Law. New Haven: Yale University Press,1969, p.11.

[190] 32 N.J.358,161 A.2d69 (1960).

[191] 关 于 法 院 在 判 决 上 的 详 细 说 明 ， 可 以 参 见 原 判 决 ， 载 ： http://www.courts.state.ny.us/ reporter/archives/rig gs_palmer.htm，或者 Ronald Dworkin, Taking Rights Seriously. Cambridge: Harvard University Press,1977, pp.23-24。

[192] 例如，参见A u st in, The Province of Jurisprudence Determined , p .163 ; Har t , The Concept of Law , pp .121-150。

[193] Dw orkin, Taking Rights Seriously , p .84.

[194] Dw orkin, Taking Rights Seriously , p .37.

[195] Dw orkin, Taking Rights Seriously , p .16.

[196] Dworkin, Law's Empire.Cambridge: Harvard University Press,1986, pp.17-18.

[197] Dworkin, Law's Empire, pp.18-20.

[198] Dworkin, Law's Empire, p.5.

[199] 参见第033小节。

[200] 此外，哈特说的那类"认可规则"，看来看去本身就很像一般的法律理论。"凡美国州议会明确制定的规则是法律"，在哈特的叙述里叫作"纽约州的认可规则"，而在别人看来，就可以是一个一般的法律理论，因为它表达了一个有关法律概念的理论。因此，进一步说，这在另外一个方面可以看出在帕尔玛这样的案件里，人们十分容易对这样的法律概念理论产生不同的想法，也即很难达成一个"认可规则"。

[201] McLoughlin v . O'Brian (1983)1 A.C .410.

[202] Marshall v . Lionel Enterprises Inc . (1972) O .R.177.

[203] Chadwick v . British Transport (1967)1 W .L.R.912.

[204] Chadwick v . British Transport (1967)1 A.C .410.

[205] Dworkin, Law's Empire, p.46.

[206] Dworkin, Law's Empire, p.87.

[207] Dworkin, Law's Empire, p.87.

[208] Dworkin, Law's Empire, p.90.

[209] Dworkin, Law's Empire, pp.13-14.

[210] Dworkin, Law's Empire, pp.13-14.

[211] 亚里士多德：《修辞学》，第58、62页；施瓦布：《希腊神话故事》，刘超之、艾英译，宗教文化出版社1996年版，第226—228页。

[212] 西塞罗：《论共和国·论法律》，第120页。

[213] 西塞罗：《论共和国·论法律》，第190页。

[214] 阿奎那：《阿奎那政治著作选》，第111页。

[215] 阿奎那：《阿奎那政治著作选》，第106页。

[216] 阿奎那：《阿奎那政治著作选》，第107页。

[217] 阿奎那：《阿奎那政治著作选》，第107页。

[218] 阿奎那：《阿奎那政治著作选》，第107页。

[219] 阿奎那：《阿奎那政治著作选》，第151页。

[220] 本书引言开始部分。

[221] Stein and Shand, Legal Values in Western Society, p.47.

[222] 霍布斯：《利维坦》，第135—136页。

[223] John Rawls, "Legal Obligation and the Duty of Fair Play", in Law and Philosophy: a symposium. ed. Sidney Hook. New York: New York University Press,1964, p.3.

[224] Hugo Grotius, De Jure Belli ac Pacis Libri Tres. trans. F. W. Kelsey, Oxford: Clarendon Press,1925, Bk. I, ch. i. x.1.

[225] 洛克：《政府论》（下篇），叶启芳、瞿菊农译，商务印书馆1983年版，第6页。

[226] Grotius, De Jure Belli ac Pacis Libri Tres, proleg.8.

[227] 洛克：《政府论》（下篇），第6页。

[228] 孟德斯鸠：《论法的精神》，第1页。

[229] 孟德斯鸠：《论法的精神》，第4页。

[230] Stein and Shand, Legal Values in Western Society, p.11.

[231] 洛克：《政府论》（下篇），第16页。

[232] 洛克：《政府论》（下篇），第53页。

[233] Edgar Bodenheimer, Jurisprudence: the philosophy and method of the law. Cambridge: Harvard University Press,1974, p.50.

[234] 洛克：《政府论》（下篇），第5页。

[235] 洛克：《政府论》（下篇），第5页。

[236] 洛克：《政府论》（下篇），第77—78页。

[237] 洛克：《政府论》（下篇），第10页。

[238] 洛克：《政府论》（下篇），第78页。

[239] 洛克：《政府论》（下篇），第77页。

[240] 洛克：《政府论》（下篇），第16页。

[241] 洛克：《政府论》（下篇），第133页。

[242] 参见第054小节。

[243] 斯宾诺莎：《神学政治论》，温锡增译，商务印书馆1982年版，第213页。

[244] 斯宾诺莎：《神学政治论》，第212页。

[245] 霍布斯：《利维坦》，第94页。

[246] 霍布斯：《利维坦》，第94页。

[247] 霍布斯：《利维坦》，第95页。

[248] 斯宾诺莎：《神学政治论》，第214—215页。

[249] 霍布斯：《利维坦》，第131页。

[250] Bode nhe ime r , Jurisprudence: the philosophy and method of the law , p .38.

[251] 霍布斯：《利维坦》，第104页。

[252] 霍布斯：《利维坦》，第98页。

[253] 霍布斯：《利维坦》，第128页。

[254] 霍布斯：《利维坦》，第128页。

[255] 洛克：《政府论》（下篇），第5页。

[256] 难怪美国学者博登海默评论说："霍布斯相信，为了让权力统治者充分地履行其职责，便应使他至高无上并且不受法律的约束。这种观点是他那种将人类视为自私自利、彼此破坏、恣肆寻衅的动物的悲观揣度的必然结果。"（Bode nhe ime r , Jurisprudence: the philosophy and method of the law , p .41.）

[257] 霍布斯：《利维坦》，第133—139页。

[258] 霍布斯：《利维坦》，第136页。

[259] 霍布斯：《利维坦》，第169页。

[260] 阿奎那：《阿奎那政治著作选》，第121页。

[261] Wolfgang Friedmann, Legal Theory.5th ed., London: Stevens & Sons, Ltd.,1967, p.352.

[262] Bodenheimer, Jurisprudence: the philosophy and method of the law, pp.266-267.

[263] Hart, The Concept of Law, pp.254-255.

[264] 西塞罗：《论共和国·论法律》，第219页。

[265] 阿奎那：《阿奎那政治著作选》，第121页。

[266] 阿奎那：《阿奎那政治著作选》，第110页。

[267] 阿奎那：《阿奎那政治著作选》，第111页。

[268] 阿奎那：《阿奎那政治著作选》，第110页。

[269] 阿奎那：《阿奎那政治著作选》，第111页。

[270] 罗尔斯：《正义论》，何怀宏、何包钢、廖申白译，中国社会科学出版社1988年版，第55页。

[271] Frederick Pollock, A First Book of Jurisprudence.6th ed., London: Macmillan Co. Ltd.,1929, p.34.

[272] Lon L. Fuller, The Morality of Law. New Haven: Yale University Press,1969, p.39.

[273] Fuller, The Morality of Law, pp.38-91.

[274] H.L.A. Hart, "Positivism and Separation of Law and Morals". Harvard Law Review,71(1957-58), p.593.

[275] Robert Summers, "Professor Fuller on Morality and Law" in More Essays in Legal Philosophy. ed. Robert Summers, Berkeley: University of California Press,1971, pp.126-130.

[276] 阿奎那：《阿奎那政治著作选》，第136页。

[277] 边沁：《政府片论》，沈叔平等译，商务印书馆1995年版，第96页。

[278] J er em y Ben th a m, An Introduction to the Principles of Morals and Legislation . New York: Hafner Publishing Co .,1948, p .293.

[279] A ust in, The Province of Jurisprudence Determined , p .184.

[280] A ust in, The Province of Jurisprudence Determined , p .112.

[281] 凯尔森：《法与国家的一般理论》，序。

[282] 凯尔森：《法与国家的一般理论》，第5页。

[283] 亚里士多德：《政治学》，第148页。

[284] 亚里士多德：《尼各马科伦理学》，第90页。

[285] 罗念生：《译者导言》，亚里士多德《修辞学》。

[286] 亚里士多德：《政治学》，第80—81页。

[287] Hart, The Concept of Law, p.206.

[288] Hart, The Concept of Law, p.206.

[289] Paul Eidelberg, The Philosophy of the American Constitution. New York: The Free Press,1968, p.212.

[290] 潘恩：《潘恩选集》，马清槐译，商务印书馆1982年版，第222页。

[291] Muller v. Oregon. [1908]208 U.S.412.

[292] Lon L. Fuller, "American Legal Philosophy as Mid-Century", Journal of Legal Education,6 (1954), p.470.

[293] Fuller, "American Legal Philosophy as Mid-Century", pp.472-473; Lon L. Fuller,"Positivism and Fidelity to Law- A Reply to Professor Hart", Harvard Law Review,71 (1958),pp.661-669.

[294] William Blackstone, Commentaries on the Laws of England.16th ed., London,1825, I.p.41.

[295] Austin, The Province of Jurisprudence Determined, pp.18,29.

[296] N.E. Simmonds, Central Issues in Jurisprudence: Justice, Law and Rights. London:Sweet & Maxwell,1986, p.79.

[297] Simmonds, Central Issues in Jurisprudence: Justice, Law and Rights, p.79.

[298] H.L.A. Hart, Law, Liberty and Morality. Oxford: Oxford University Press,1962, p.1.

[299] Hart, The Concept of Law, pp.181-182.

[300] Hart, The Concept of Law, pp.199-200.

[301] Hart, "Positivism and Separation of Law and Morals".

[302] 像埃利希那样，参见第025、026小节。

[303] 边沁：《政府片论》，第100页。

[304] 边沁：《政府片论》，第92页。

[305] Bentham, The Theory of Legislation, p.98.

[306] Peter Roberson, Sociology. New Haven: Worth Publishing,1981, p.223.

[307] "Wolfenden Repor t", Re por t of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution,1957, Cmd.247,1957, para.13.

[308] "Wolfenden Report", para.62.

[309] 密尔：《论自由》，程崇华译，商务印书馆1982年版，第10页。

[310] American Law Institute Model Penal Code, Tentative Draft No.4, p.277.

[311] Patrick Devlin, The Enforcement of Morals. London: Oxford University Press,1965, p.7.

[312] De vlin, The Enforcement of Morals , p .12.

[313] Devlin, The Enforcement of Morals, p.10.

[314] Talcott Parsons, The Social System. New York: Free Press,1951, p.41.

[315] Devlin, The Enforcement of Morals, p.14.

[316] Devlin, The Enforcement of Morals, p.15.

[317] De vlin, The Enforcement of Morals , p .15.

[318] Patrick Devlin, "Law in a restless society". New Law Journal,123 (1973), p.88.

[319] Devlin, The Enforcement of Morals, p.18.

[320] Cutler v. United Daires. [1933]2 K.B.297.

[321] Haynes v. Harwood. [1935]1 K.B.146.

[322] Har t , Law, Liberty and Morality , p .51.

[323] Har t , Law, Liberty and Morality , p .51.

[324] 庞德：《通过法律的社会控制·法律的任务》，第106页。

[325] Immanuel Kant, The Metaphysical Elements of Justice. trans. John Ladd, New York:The Bobbs-Merrill Company, Inc.,1965, pp.13-14,19-21.

[326] Bodenheimer, Jurisprudence: the philosophy and method of the law, p.291.

[327] Har t , Law, Liberty and Morality , p .17.

[328] Stein and Shand, Legal Values in Western Society, p.29.

[329] 卢梭：《社会契约论》，第8页。

[330] 庞德：《通过法律的社会控制·法律的任务》，第34页。

[331] 庞德：《通过法律的社会控制·法律的任务》，第34页。

[332] Stein and Shand, Legal Values in Western Society, p.29.

[333] Stein and Shand, Legal Values in Western Society, p.31.

[334] 哈耶克：《通往奴役之路》，王明毅、冯兴元等译，中国社会科学出版社1997年版，第80页。

[335] Bode nhe ime r , Jurisprudence: the philosophy and method of the law , p .183.

[336] Bode nhe ime r , Jurisprudence: the philosophy and method of the law , pp .184-185.

[337] 哈耶克：《通往奴役之路》，第73—74页。

[338] Albert Dicey, Introduction to the Study of the Law of the Constitution.10th ed., E.C.S.Wade, London: Macmillan & Co. Ltd.,1961, pp.189-190.

[339] Dicey, Introduction to the Study of the Law of the Constitution, p.193.

[340] 柏拉图：《政治家》，黄克剑译，北京广播学院出版社1994年版，第93页。

[341] 柏拉图：《政治家》，第93页。

[342] Adler v. George. [1964]2 Q.B.7; [1964]1 All E.R.628.

[343] 柏拉图：《政治家》，第94页。

[344] 亚里士多德：《政治学》，第171页。

[345] 莎士比亚：《威尼斯商人》，朱生豪译，中国国际广播出版社2001年版，第141—167页。

[346] 柏拉图：《政治家》，第92页。

[347] 柏拉图：《政治家》，第95页。

[348] 柏拉图：《理想国》，第141页。

[349] 罗素：《西方哲学史》，第146页。

[350] 柏拉图：《理想国》，第215页。

[351] 柏拉图：《理想国》，第128页。

[352] 罗素：《西方哲学史》，第145页。

[353] 柏拉图：《理想国》，第255页。

[354] 罗素：《西方哲学史》，第155页。

[355] 波普：《开放社会及其敌人》，杜汝楫、戴维民译，山西高校联合出版社1992年版，第160页。

[356] 柏拉图：《理想国》，第88页。

[357] 柏拉图：《理想国》，第224页。

[358] 柏拉图：《理想国》，第218页。

[359] 柏拉图：《理想国》，第89页。

[360] 柏拉图：《理想国》，第154—155页。

[361] 柏拉图：《理想国》，第152页。

[362] 波普尔：《开放社会及其敌人》，第95页。

[363] 波普尔：《开放社会及其敌人》，第164—165页。

[364] 参见第086小节。

[365] 亚里士多德：《政治学》，第167—168页。

[366] 亚里士多德：《政治学》，第169页。

[367] 亚里士多德：《政治学》，第162—163页。

[368] 亚里士多德：《政治学》，第165页。

[369] 亚里士多德：《尼各马科伦理学》，第101页。

[370] 亚里士多德：《政治学》，第199页。

[371] 罗素：《西方哲学史》，第226页。

[372] 众所周知，亚里士多德是柏拉图的学生，而柏拉图又是苏格拉底的学生。

[373] 亚里士多德：《尼各马科伦理学》，第110页。

[374] 阿奎那：《阿奎那政治著作选》，第124页。

[375] 阿奎那：《阿奎那政治著作选》，第124页。

[376] 亚里士多德：《尼各马科伦理学》，第111页。

[377] 孟德斯鸠：《波斯人信札》，罗大冈译，人民文学出版社1958年版，第221页。

[378] 哈耶克：《通往奴役之路》，第80页。

[379] 洛克：《政府论》（下篇），第99—100页。

[380] 波吕涅刻斯是克瑞翁的外甥。

[381] 阿奎那：《阿奎那政治著作选》，第122页。

[382] 阿奎那：《阿奎那政治著作选》，第122页。

[383] 阿奎那：《阿奎那政治著作选》，第123页。

[384] 萨拜因：《政治学说史》，盛葵阳、崔妙因译，南木校，商务印书馆1986年版，第386页。

[385] 马基雅维利：《君主论》，潘汉典译，商务印书馆1985年版，第84页。

[386] 马基雅维利：《君主论》，第57页。

[387] 查士丁尼：《法学总论》，张企泰译，商务印书馆1989年版，第8页。

[388] 霍布斯：《利维坦》，第161页。

[389] 霍布斯：《利维坦》，第253页。

[390] 霍布斯：《利维坦》，第207页。

[391] 霍布斯：《利维坦》，第209页。

[392] 霍布斯：《利维坦》，第210页。

[393] 参见第026小节。

[394] 参见第031、032小节。

[395] 霍布斯：《利维坦》，第260页。

[396] 霍布斯：《利维坦》，第96页。

[397] 霍布斯：《利维坦》，第270、271页。

[398] Bode nhe ime r , Jurisprudence: the philosophy and method of the law , p .34.

[399] David Walker, The Oxford Companion to Law. Oxford: Clarendon Press,1980, p.841.

[400] Walker, The Oxford Companion to Law, p.841.

[401] W alk er , The Oxford Companion to Law , p .841.

[402] 洛克：《政府论》（下篇），第55页。

[403] 洛克：《政府论》（下篇），第84页。

[404] 洛克：《政府论》（下篇），第89页。

[405] 勒内·达维德：《当代主要法律体系》，漆竹生译，上海译文出版社1984年版，第366—367页。

[406] Dr. Bonham’s Case. [1610]77 Eng. Rep.646. 另见考文：《美国宪法的“高级法”背景》，强世功译，三联书店1996年版，第121页。

[407] Walker, The Oxford Companion to Law, p.240.

[408] 萨拜因：《政治学说史》，第626页。

[409] 荀况：《荀子》，杨倞注，上海古籍出版社1989年版，第70页。

[410] 王安石：《王安石全集》（卷10），秦克、巩军点校，上海古籍出版社1999年版，第85页。

[411] 孟德斯鸠：《论法的精神》，第154页。

[412] 洛克：《政府论》（下篇），第56页。

[413] 孟德斯鸠：《论法的精神》，第116页。

[414] 孟德斯鸠：《论法的精神》，第156页。

[415] 托克维尔：《论美国的民主》，第170页。

[416] 孟德斯鸠：《论法的精神》，第161页。

[417] 5 U.S.137,2 L. Ed.60 (1803).

[418] 汉密尔顿、杰伊、麦迪逊：《联邦党人文集》，程逢如、在汉、舒逊译，商务印书馆1982年版，第392页。

[419] James Wilson, Works. ed. James De Witt Andrews. Chicago: Callaghan and Co.,1896, I,p.352.

[420] 22 U.S.1,6 L. Ed.23 (1824).

[421] 托克维尔：《论美国的民主》，第169页。

[422] 卢梭：《社会契约论》，第88页。

[423] 卢梭：《论人类不平等的起源和基础》，李常山译，东林校，商务印书馆1982年版，第52页。

[424] 卢梭：《社会契约论》，第16页。

[425] 孟德斯鸠：《论法的精神》，第156页。

[426] 卢梭：《社会契约论》，第24页。

[427] 萨拜因：《政治学说史》，第646页。

[428] 卢梭：《社会契约论》，第87页。

[429] 哈林顿：《大洋国》，何新译，商务印书馆1981年版，第7页。

[430] 亚里士多德：《政治学》，第171页。

[431] 卢梭：《社会契约论》，第135页。

[432] 卢梭：《论人类不平等的起源和基础》，第51页。

[433] 卢梭：《社会契约论》，第135页。

[434] 卢梭：《社会契约论》，第105页。

[435] 卢梭：《社会契约论》，第59页。

[436] 萨拜因：《政治学说史》，第665页。

[437] Friedrich Carl von Savigny, Of the Vocation of Our Age for Legislation and Jurisprudence.2nd ed., trans. Abraham Hayward. London: Littlewood & Co.,1831, p.30.

[438] Sa vigny , Of the Vocation of Our Age for Legislation and Jurisprudence , p .27.

[439] 卢梭：《社会契约论》，第22页。

[440] 卢梭：《社会契约论》，第139—140页。

[441] 卢梭：《社会契约论》，第39页。

[442] 卢梭：《社会契约论》，第39页。

[443] 卢梭：《社会契约论》，第41页。

[444] 黑格尔：《法哲学原理》，范扬、张企泰译，商务印书馆1982年版，第254—255页。

[445] 密尔：《论自由》，第4页。

[446] 卢梭：《社会契约论》，第51页。

[447] 卢梭：《社会契约论》，第51页。

[448] 卢梭：《社会契约论》，第52页。

[449] 卢梭：《社会契约论》，第39页。

[450] 孟德斯鸠：《论法的精神》，第116页。

[451] 孟德斯鸠：《论法的精神》，第157页。

[452] 托克维尔：《论美国的民主》，第287页。

[453] 托克维尔：《论美国的民主》，第297页。

[454] 托克维尔：《论美国的民主》，第528页。

[455] 托克维尔：《论美国的民主》，第528。

[456] 托克维尔：《论美国的民主》，第299页。

[457] 卢梭：《社会契约论》，第8页。

[458] 萨托利：《民主新论》，冯克利、阎克文译，东方出版社1993年版，第144页。

[459] 参见第102小节。

[460] 托克维尔：《论美国的民主》，第173页。

[461] 托克维尔：《论美国的民主》，第173页。

[462] 托克维尔：《论美国的民主》，第286页。

[463] 萨拜因：《政治学说史》，第661页。

[464] 洛克：《政府论》（下篇），第40页。

[465] Bode nhe ime r , Jurisprudence: the philosophy and method of the law , pp .57-59.

[466] Bode nhe ime r , Jurisprudence: the philosophy and method of the law , p .58.

[467] David Vinogradoff, The Oxford Companion to Law. Oxford: Clarendon Press,1959, p.125.

[468] 亚里士多德：《政治学》，第80—81页。

[469] 亚里士多德：《政治学》，第81页。

[470] 黑格尔：《法哲学原理》，第316—317页。

[471] 庞德：《通过法律的社会控制·法律的任务》，第25页。

[472] 参见第047小节。

[473] Ronald Dworkin, A Matter ofPrinciple. Cambridge: Harvard University Press,1985, pp.11-12.

[474] F ulle r , The Morality of Law , p .214.

[475] Lon L. F ulle r , Harvard Law School Library, Lon L. Fuller Papers .1960, F ulle r t o F .O .Lafson.

[476] St e in and Shand, Legal Values in Western Society , p .36.

[477] Dw orkin, Taking Rights Seriously , pp .14-45.

[478] 亚里士多德：《修辞学》，第21页。

法律的隐喻

刘星 著

增订版

GUANGXI NORMAL UNIVERSITY PRESS
广西师范大学出版社

版权信息

图书在版编目（CIP）数据

法律的隐喻 / 刘星著．—增订本．—桂林：广西 师范大学出版社，2019.6 ISBN 978-7-5598-1789-1

I．①法… II．①刘… III．①法律- 文集 IV．①D9-53

中国版本图书馆CIP 数据核字（2019）第095554 号

广西师范大学出版社出版发行（ 广西桂林市中华路22号 邮政编码：541001 ）

出版人：张艺兵

全国新华书店经销

开本：880 mm × 1 240 mm 1/32

印张：7.25 字数：150 千字

2019 年6 月第1 版2019 年6 月第1 次印刷

定价：45.00元

目　录

版权信息
增订版序
前 言
“法律审判”背后的谱系[2]
读《听来的故事》——掀开现代性法律的另一面[9]
从《水浒》的翻译看[14]
有产阶级的法律——新游学纪闻在美国(一)[21]
意识形态的分裂——新游学纪闻在美国（二）[24]
小额官司——几类思考的理路[26]
“法学家”在近代[29]
民国法学家的“一种生活”和其法学[35]
村学乡学——一种乡村制度的话语构建[55]
域外沉默权一瞥[81]
法治·分权制衡·法律现代性的困境——从腓特烈大帝过问阿诺德案说起[88]
法律解释与“法律民主”[108]
法律科学？[117]
美国人手里的牛津大学法理学教授职位——德沃金的革命[132]
法律话语与法律活动的关系——以中国的叙事为例[150]
返回总目录

增订版序

十年前，本书以《有产阶级的法律》为书名出版。当然更早，1999年便用《法律的隐喻》书名。陆续有学者对这本书作了评论。回头看，近二十年，我觉得本书写作的思想和叙事策略依然有益。中国一直处在重要的社会转型时期，我们的观念和话语还有分化之势，或许还要更长时间。同时对法律而言，不仅专业人士而且社会大众也越来越感到必须关注其到底为谁服务，其背后到底想要表达什么。仔细考量，不难发现法律— —无论是明说的还是含蓄的，都有深层的意识形态及价值的展望，这或许就是“隐喻”。由此，我们便不应停留在法律的表象，而是需要阅读、潜入、搜寻、挖掘、揭示，将内在不易言明的展现出来。

在这一版本，文章内容稍作订正。另要说明，书名再用《法律的隐喻》，是刘峰先生的建议，他认为如此可更好体现全书的用意和风格，我尊重他的想法。“法律的隐喻”包含了“有产阶级的法律”的意思，当然也更广泛。

本书的写作缘起、基本思路、叙事策略，《前言》中均有详细交代，请读者参阅。

要感谢广西师范大学出版社。能在这个出版社出版，实为荣幸。当然还要感谢刘峰先生引荐。希望本书能为读者带来阅读的意趣和乐趣。

刘　星

2017年冬于北京

前言

礼让：我看过不少林肯当律师时的故事。审判到了的时候，他找不到法院，而且不只一次！

史努比：要是这样的话，生活倒变得简单多了[1]。

这本书的所有文章，都是研究性的，力求法律的深入理解。

首先，应当说，法学研究的功能大致有如下几个：其一是实务性，也即思考怎样解决具体的实际问题，展开实用的思路，辨别方法，剥离可能，提出建议，检视结果；其二是理论化，就是在思考具体实际问题的基础上将法律的较为抽象的层面凸显出来，用一般的叙述展开分析，提示想象空间，进行知识分类，推进认识，形成话语传统；其三是批判性，也即实施反思，从正常理解的法律的对立面进入，将内在的深层态度问题揭露出来，也即追问立场，然后暗示“应当”。当然，法学研究的功能可能还有其他……

本书的文章研究，有一点的实务性，多一点的理论化，更多一点的批判性。这就是，从实际问题入手，在人们熟悉的法律实践中提出问题，层层考察，由简入繁，最后着重地提示研究者的“批判意识”。

自然，现在中国的法治（法制）建设正在迅速发展，人们对法律的期待是热烈的，这也是正确的，唯有此才是清醒。中国面临重要的乃至前所未有的历史转型时期，问题很多，思想分化，的确需要制度上的务实努力，使得中国现代化建设尽可能地统一发展。所以，欲提“批判意识 ”，似有不妥。很多人都说，什么事件先做起来，然后再

多想一层，这对法律建设是重要的，否则拖了后腿，于人于己无益。但是，我们都知道，很多次的中国法治（法制）事件的出现，比如，近些年的“四川二奶继承”案、孙志刚案、刘涌案、李慧娟案、佘祥林案、邱兴华案，包括“一个馒头血案 ”，还有养路费的征集、《物权法》的审议通过，等等，无一不爆发了激烈的争论，这似乎显得中国的许多事情是“摇摆地”向前发展的，是一部分人“战胜”另外一部分人的结果。这反映了什么？不想想也不行。单纯地说，这是人们对法律调整对象的争论，是对政治经济利益的分配的争论，法律仅仅是个手段，法律本身无可厚非，这样，可能还是将问题简单化了。另一方面，法学的知识分子，作为“知识分子 ”，需要多想，否则也恰恰没有实现自己的社会分工性的“身份认同 ”。在这个意义上，将“务实性”往“理论化 ”上推，然后将“理论化”往“批判性”上推，是有用的，而且是不可逃避的，这意味着需要将法律本身的内在立场问题揭示出来，对其深入讨论。而准确地说，这不会影响法治（法制）建设的向前推进，恰恰是为了其更为健康地推进。

还要说的是，“批判性 ”，不仅是“批判 ”，其也是某种意义的“知识推进 ”，因为，如果对法律多了一层理解，将其中深层内容不断地揭发出来，实际上也是积累认识；如果予以系统的理论编织，这就是“知识化 ”。这种知识化，自然也有助于实践。我们都知道，很多时候，我们的思想在引导我们，尽管，我们总是在社会实践博弈中进行选择。思想，尤其是激发性的思想，更尤其是来源于反思的思想，具有强烈的支配欲望，即支配实践，支配身边的生活，试图改造自己甚至改造他者。如果思想不是这样，有时就不能恰如其分地解释同一个生活圈子里为什么会有不同的行动策略。因此，来自批判性的知识提炼，可以产生“警醒 ”“同情 ”“关怀 ”，当然还有“谨慎 ”，进而有助于实践。这些，对法律建设具有极为重要的意义。

这本书的文章，大体来说是这个意思的展开。

其中几篇文章，讨论法律、法学、法学教育的双面性，以及由此而来的“实践焦虑”。其中有些曲折的讨论、分析，使法律、法学、法学教育显得“复杂”，然后引向一个暂时的结论，暗示一个建议；当然我也结合了一些当下的现实过程和过去的历史事件，以其为平台，最重要的是在其中凸显其本身的结构、路向，以及由此而来的带有批判性的知识问题。另外一些文章，讨论法律与其外在事物的关系— —比如，进入审判到底为了什么外在目的— —将法律和社会现象的他者联系起来，使其互动，然后，转入较为广泛的多学科性质的讨论，当然，我又结合了一些现实过程和历史事件。

每篇文章，相互之间，是有逻辑联系的，一方面是意思的层层深入，另一方面是问题的逐渐打开。在此，我有这样的想法：说明了一个意思，或者解释了一个想法，不意味着就一定解决了问题，因为，其可能恰恰会引出新的问题，而对于知识理解来说，新问题的呈现，又是重要的，在法律领域里这可能是更有启发性的；而如果可以将每篇文章的意思联系起来，看见思考的相互性，问题的相互性，这就有价值了。

另要交代的是，如上所述，这本书特别利用了“事例”，而且运用了较为轻松的叙事方法。我想说的是，这未必是“通俗”的企图、表现。这点需要解释。

对于法律问题而言，“事例”其实就是“实际”，离开实际讨论法律，是没有多大意义的，至少，意义是非常有限的。“事例”有其本身的结构、逻辑路向，反映了特定的实际事物性质，而且因其“具体”，更有法律分析的价值。毕竟，法律问题的最终解决是“具体”的。而采用较为轻松的叙事方法，也是为了使分析变得具有吸引力进而更为清晰（可以想想，现在有多少法律论文没有吸引力，同时不清晰）；法律问题是需要清晰分析的，不能含糊，不清晰而又含糊的分析也就使

分析者失去了法律人的同样是社会分工性的“身份认同 ”。在现代，这更加明显。同时，最重要的是，“事例 ”，尤其是带有“故事性”的事例，以及较为轻松的叙事方法，特别是那类试图使问题显得清晰的叙事，是“法律与文学 ”（ Lawand Literature）的一种学术实践。在这里，“法律与文学”提出的问题是：经过人们更易感兴趣的“故事性”的事例，以及人们更易接受的轻松叙事方式，文本表达的法律意识如何在社会阅读中夺取了思想领导权？谁都知道，易感兴趣，才更易接受，也就更为容易引发思想召唤的响应，从而同意一种思想拒绝另外一种思想，在法律实践中，自觉或不自觉地站在一个立场，赞同或者反对一个法律意见。这里，进而深入的问题则是：为什么不利用“类文学”的方法展开法律话语领导权的争夺，以及法律的行动，如果我们自认为一个法律思想是正确的？或者，法律是否显然需要与“文学”合作，如果我们承认法律最终关乎立场?

再有一个方面，就是“事例”永远是个性丰富的，也即有着无穷的多样性和复杂性，而较为轻松的叙事方法总会带来语言的不断联想，进而带来思路的不断开拓，这就是想象；于是，两者结合起来就使我们变得更为敏感，还有敏锐，从而更为容易“进入”法律的复杂多面，以及法律思路的复杂多面。接下来，我们也就更易意识到：很多法律问题，以及人们的利益欲望，因为种种原因被遮蔽了甚至被消灭了。因此，“文学”的启动具有重要的“法律认识再生产”的功能。今天，很多人已经知道了，看见法律问题的复杂再复杂，对于我们的法治（法制）事业是多么的重要，因为，我们不仅需要知道自己，还要知道别人，更要知道许多未曾想到的更多人，更多阶层，尽可能地知道大家都在想什么，否则，我们就会没有了“关怀 ”，进而也就失去了“关怀 ”。也是因此，文学，在这里具有法律问题上的亲和作用。

概括来说，需要重新理解法学叙述中的“事例”和“轻松叙事”的文学路线。

这本书的文章，基本上刊载了《天涯》《比较法研究》《书城》《法学家茶座》等书刊。原书名为《法律的隐喻》（中山大学出版社，1999年版）。现删掉原书一些文章，补充了新的文章，目的是让它较为连贯。书名的改变，是为了让其实在点、明确点。

最后，说点感谢。文章写作时，曾与一些朋友交谈过，受过他们的启发，写完后也得到了他们的批评，要感谢他们，但是为了避免给人“撑门面”的印象，故而不提尊称大名了；当然，这也是为了让读者知道书中的不足，实际上是作者自己的责任。要感谢《清华法学》的徐雨衡编辑，其提议修订本书并为此书出版做出了努力和辛勤劳动。另要特别感谢北京大学出版社的蒋浩先生，他总是以多种方式鼓励、支持我，力促本书以令人向往的方式出版，这是重要的动力。非常感谢！

在题记中，我使用了“史努比伙伴”（the Peanuts Gang）一个对话。我认为，其中包含了与法律相关的丰富的、可想象的内容。我的确认为，在历史时间和现实空间两个方面去不断触摸、把握法律问题，既是必要的，也是可能的。

刘　星

2007年秋于广州

“法律审判”背后的谱系[2]

对当事人来说法律是什么？对这一问题的回答无可争辩。……有关的法律是一回事，制定出来的法律则是另外一回事。有关的法律意见……完全见于法院大多数人的意见，而且完全是由这一意见构成的。[3]

本文讨论一个案件的审判，并从中有所发挥。先说事情经过。从1736年到 1885年，是大清帝国风光、式微、颓衰的年月。

在那些年里，发生了许多案子，其中，不少还被提交到刑部这个最高司法机构。此间，有两个人物，一个叫祝庆祺，一个叫鲍书芸，可能还有其他人。他们对那些案子，尤其是被提交到刑部的案子，特别感兴趣，于是，编出了有点类似西方人“判例汇编”（law reports）的案子“集锦”— —《刑案汇览》。

《刑案汇览》的来龙去脉、个中缘由，应该交给法律史学家去研究。这里，我们关心其中一个小案的审判记录— —婆婆通奸杀人案的察断。

案子，本身大致出在乾隆五十七年。那年，有一婆婆，人称老焦刘氏。身为婆婆，情性本应有所节制，不可再风流起事。但是，老焦刘氏人老心不老，仿佛自己依然是年轻的，居然，时常与人偷情。凡事日久必露。一次，老焦刘氏与一个叫作焦菊弟的男人寻欢作乐，被媳妇小焦刘氏清楚地看见了。稍后，老焦刘氏的夫君焦更生，也是对此蛛丝马迹而疑窦丛生。没过几日，焦更生便追问盘查老焦刘氏。小焦刘氏，则在一边旁观。盘问之时，老焦刘氏担心站立一边的媳妇小

焦刘氏说出奸情，于是抡起铁叉左右挥舞，以示恐吓。可小焦刘氏看不过眼，心想，身为婆婆本应“作出表率 ”，不能放纵自己的情欲，如今，更不应对自己这个“证人”用叉威胁，随即，说出许多义正词严的“道德指责”的字词，痛斥婆婆，并将婆婆的丑事全部讲了出来。这个老焦刘氏，颇为“可恶 ”，不对自己反省一二，反怪小焦刘氏多管闲事，倚仗“婆道尊严 ”，抡起一铁叉直向媳妇打去。媳妇奋起自卫，抓住铁叉另一端，又拉又扯。两人交手数个回合。结果，十分不幸，小焦刘氏终究不敌老焦刘氏，被后者结实地戳中了胸膛要害，当即死亡。

案子发了。

婆婆老焦刘氏被官人带到了官府。

案情十分清楚，没有什么疑点。

不过，翻遍大清例律，似乎没有可直接适用的法律词句。有一段法律文字称：凡“非理殴子孙之妇致死”者，处徒刑三年。另有两处看上去相关的法律文字。其一说：婆婆犯奸被媳妇发现而为灭口谋杀媳妇者，处斩监候刑。其二说：婆婆无正当理由故意殴打媳妇致死并事先有谋者，处流刑。

当时，初审案子的官吏是安徽巡抚。巡抚大人发愁，因为，两相对照，硬是不易对法律文字和案子的关系做出判断。最后，巡抚拟了个判决意见，连同案子一起递交刑部请示。判决意见称：老焦刘氏，犯有奸情，所以，不应比照“非理殴打”律处刑，而另外两处法律文字都已提到“故意兼蓄谋”的意思，故而，也不好直用；现准备在“非理殴子孙之妇、致死，满徒”之律上外加一等，杖打一百，流二千里，不准收赎。

刑部安徽司的官人此番下了大功夫，查阅以往法律文字，以期出个权威性的“司法批示”。查来查去，到底找到相关说法。安徽司讲：

例载：尊长故杀卑幼案内，如有与人通奸，因媳碍眼、抑令同陷邪淫不从、商谋致死灭口者，俱照“平人谋杀”之律，分别首从，拟以斩，绞监候。

又，上年八月内，本部议奏浙江省张云隆与邱方玉之母汤氏通奸、商同勒死伊子邱方玉案内声明，嗣后因奸将子女致死灭口者，无论是否起意，如系亲母，拟绞监候。准奏通行，在案。是杀死子女及媳、例应抵命者，系专指因奸碍眼、谋故致死之案而言。若因子媳窥破奸情，两相争闹、邂逅致毙，审无谋故别情，自不便概拟重辟[4]。

接着，刑部安徽司仔细琢磨，觉得安徽巡抚的意见还说得过去，便批下“同意”两字。

有一小问题，应稍加解释。“非理殴子孙之妇”一律，在其他别国法律文字那边屈指可数，甚至可说，那是我们中华法律文字的一道独特风景线。婆媳关系紧张，直至婆婆在儿子面前与媳妇争风吃醋，原本是见惯不怪的事情，中外皆然。但是，在中国这里，婆媳关系似乎显得更为紧张。“非理殴子孙之妇”一律，大体是对此而来的。换言之，尽管国人习惯以为，婆婆对媳妇频频发威理所当然，但是，国人又相信，什么事情不能过分，婆婆对媳妇无论怎样都是不能往死里下手的。所以，那条律，是想管束一下婆婆“权力”的滥用。如果这样看待这条法律文字，老焦刘氏的“动作”，也就不能非常清晰地适用该律文字加以判断了。毕竟，老焦刘氏的当时动机，十分复杂，不单是想发发婆婆之威，起码，她又想隐蔽奸情、威吓媳妇闭嘴，直至动叉殴打媳妇，等等。这后面之类的动机，是靠近了“奸情谋杀”的另一法律文字。

所以，这案子好像也就在上述三处法律文字之间摇摆了，不好断定。

现在，安徽巡抚判了，刑部也点头了，一个“法律判决”，因而也就出现了。

一

说来，这类看上去并非死死拘泥于法律文字的审判是不少见的。问题是，怎样“解读”这类审判。

刚才，提到这是一个“法律审判”。对此，大概没有多少人会否认。自然，巡抚大人和刑部都有一个审案断狱的权力职责，打其手里出来的任何审判，倘若没有法律的性质，倒是一件奇怪的事情。既然是个“法律审判”，那么，其中必有“法律”。可是，显然又可问问：“法律”在何处？老焦刘氏左右挥舞铁叉，目的在于恐吓，最后动了殴打的心思，但事先并无“谋杀”的“蓄意兼故意”，有关谋杀的法律文字，也就不好用了。另一方面，那婆婆也难说是纯粹的“殴打”，因为，案子里面总是掺杂了“奸情”的乱事，有关“殴打”的法律文字，同样，不得不放在一旁。安徽巡抚和刑部以及其他许多人都是这样看的。如此，此案审判中的“法律”，显然就不在我们说到的三条法律文字里面。

不在法律文字里面，难道，在安徽巡抚和刑部的“大笔一挥”里面？

这是一个思路。

20世纪30年代，英语世界那边出现了一场法学运动——现实主义法学运动（Legal Realism Movement）。这场运动，将这个思路发挥得淋漓尽致。运动中的法学家，几乎都在断定，“法律”恰恰在安徽巡抚

和刑部那班法律执行者的“大笔一挥”里；要想知道“法律”在哪里，就需看看那些执行者的一举一动。他们，还拿出两个言之凿凿的理由，去说明这点。第一，法律文字难免要由法律执行者来解释；谁解释，谁就可以“说了算 ”。第二，法律执行者有最后的执行权力，无论立法者怎样排列法律文字，执行者，有实际的权力，决定案子的命运，决定当事人的权利和义务。

头一点是讲，法律文字在“老焦刘氏案”中的意义，要由安徽巡抚，尤其是刑部来决定。他们说了是什么意义，就是什么意义。当然，作为立法象征符号的乾隆皇帝，出来说声“意义如何如何 ”，可以压过巡抚、刑部的意思。但是，这时的皇上，已是执行者的角色了。后一点是讲，要将老焦刘氏“杖打一百，流二千里，并不得收赎 ”，最终还得靠安徽巡抚或刑部。如果有人说这些人物和衙门的 “法律解释 ”错了，这绝对没有意义。他（它）们运用自己的“法律解释”和判决，是一定要将老焦刘氏杖打一百，流二千里的。看上去，案子是这么结的。

显然，认定“老焦刘氏案”是“法律审判 ”，前边的结论，也就顺理成章了。至少，在那类有争议的案子中，法律执行者是起到了决定性的作用。

可问题又在于：“法律”怎么可以出现在安徽巡抚和刑部的“大笔一挥”里？在那“一挥”里的“法律 ”，究竟是普遍的，还是具体的？

有人会讲，将“老焦刘氏案”的审判说成“法律审判 ”，是一种方便的说法。其实，这审判是一类酌情处理，见机行事。在法律运作中，这是不得已而为之的“边角辅料 ”。一来，不大可能将所有头疼的案子，上交立法者请示。二来，那般请示还会让执行者脸上无甚光彩；因为，执行者简直就是太机械了，而什么事情都有个灵活才对。所以，严格说，“老焦刘氏案的审判 ”，不是“法律审判”。

如果这样讲，自然是道破了天机。然而，人们的法律语言习惯，还是使人不大容易接受这个讲法。怎么法律机构的审判，可以不是“法律审判”？怎么他们可以做出“非法律”的事情？很清楚，不能接受这个讲法。

既然不能接受那个讲法，接下去，就得承认，“法律”可以出现在安徽巡抚或刑部的“大笔一挥”里，而且，从中浮出的所谓“法律”，不是普遍的，而是具体的。因为，我们没有看到和“普遍性”的法律文字一样的东西。

现实主义法学运动，恰是以类似方式推断的。

二

在“老焦刘氏案”的审判这个标本里，现实主义法学运动的推断，很难推翻。不过，我们还是可以发现许多没有争议的案子。而有人会提到这些案子，发难现实主义法学的思路。

假设一下，在“老焦刘氏案”里，那婆婆道德操守极好，没有奸情，只是“婆道尊严”的感觉膨胀了一些，时时动手虐待媳妇小焦刘氏，最后，性子上来，动了铁叉，将其戮死。或者，婆婆实在是个淫妇，时不时地招惹野男人入屋，一次竟被小焦刘氏撞个正着，事情败露，而后婆婆和野男人商定杀人灭口，并且动下手去。在这两种情况下，前面提到的三条法律文字，似乎都是可以直接派上用场的。因为，大家可能不会有什么争议。

在这类没有争议的案子中，能说“法律”存在于巡抚或刑部的“大笔一挥”里？能说法律就是“具体”的，而不是“普遍”的？

这似乎不行。因为，安徽巡抚或刑部，显然可以将案子直接“塞进”三条法律文字里。这时的审判式“大笔一挥”，是“依法断案”。法

律文字是大前提，老焦刘氏的所作所为是小前提，“大笔一挥”是结论了。如此，“法律”是在三条法律文字里面，而不是在法律执行者的判决里面。也因此，法律是“普遍”的，而不是“具体”的。现实主义法学运动的断言，在此是说不通的。

但是，现在需要注意一个问题。在此处的叙述中，我们使用了“没有争议”四个字。对“没有争议”的案子，过去，人们习惯称之为“简易案件”（simple case）。可“没有争议”，毕竟和“简易”有些重要的区别。“简易”似乎在暗指案子“本身”如何。这是说，这语汇在说明案子自己相对法律文字有个“客观存在”的简单。至于“没有争议 ”，似乎在说，观看或阅读案子的人，因为没有不同的意见，所以，没有争议。这等“没有争议 ”，表现了人头脑里的“主观”的“简单”，和案子本身没什么关系。

这个重要的区别，十分要害。我们应该注意。因为，它可能会指示另一进路，表明“法律”到底是在哪里，表明那决定人们身家性命的东西到底是 “普遍 ”的，还是“具体”的，从而又让现实主义法学运动的思路，“柳暗花明”。

再假设一下，在“老焦刘氏案”里，案情就是我们开始描述的那样“摇摆不定 ”，可是安徽巡抚、刑部，以及其他什么人士，实际上并没有表达不同的意见。他们都断定，老焦刘氏要么是“殴打 ”，要么是“奸情败露谋杀 ”。案情在法律上是非常清楚的。这样，我们说它是“没有争议”的案子，更为准确。因为，此处不是案子“简易 ”，而是“观看”案子的巡抚、刑部，以及其他什么人士没有异议。

或者反过来，案子不是这样，而是像再前面假设的，老焦刘氏没有“奸情蓄谋 ”，而是纯粹地虐待殴打媳妇，要么有奸情而且有“杀人蓄谋 ”，但是，安徽巡抚、刑部和其他人物以及衙门之类的，或者在头一种情形里争得非常激烈，或者在后一种情形里各执己见，反正，

依然没有让案子变得看上去“简易 ”。这时，案子的“复杂”，便是因为人们的“主观”争议了。

当然，有人会说，实际情形不可能像这里又假设的那样，完全成了“主观”的问题。巡抚、刑部之类的人物或衙门，不可能该争议的时候不争议，不该争议的时候反而争议。在人们日常生活中，总有些东西“本身”是不可争议的，有些才可争议。

不过，我们应该小心，有两个证据似乎可以显示，争议不争议，实在可以划归“主观”一类。

先说第一个证据。

同一件事情，放在不同的地方，便有可能产生不同的意见反响。比如，婚前性行为，放在我们中国 20世纪初的农村，那可是伤风败俗的天大事情，即便在那个时期的中国城市，也是不可忍受。但在一些西方人那里，就没什么大不了的。一些西方人觉得，这种事虽讲不是“善”事，可也不属“恶”事。这样，在中国这里，“大家 ”（都是中国人）不会有“争议 ”，在那些西方人那里，“大家 ”（都是西方人）也没争议。这里的要害意思，换句话讲，就是，不圈定地方的话，在地球上说同样一件事情，实在可能得出不同的意见。因为地球太大了，呈现不同意见，易如反掌。然而，如果圈定一个地方，比如圈在中国或者西方某个区域，那么，同样一件事情可能就是没人争议的。

这暗示，当我们就一个案子来讨论时，似乎时常不自觉地圈定了一个地方，比如中国，而在这个地方没有出现人的争议，我们便会不自觉地认为案子本身是“不可争议”的。可是，毕竟在其他较远的地方，不同的意见照样可能出现，就像站在“婚前性行为”这一事件面前。

再说后一个证据。

同一件事情，放在不同的时间段，依然可能产生不同的意见反响。还用那个 “婚前性行为 ”来讲。在 20世纪初的中国人这里，不论是农村还是城市，大家都会没什么争议，对其注定大加谴责。而在 20世纪的 80年代，人们就有争议了，有人依然说“那叫伤风败俗 ”；有人说“没什么大惊小怪 ”；有人则说“这是自由权利 ”。我们完全可以想象，说不定在 21世纪的什么年月，中国人就会像西方人那样，对其又没争议了，尽管这时的“没有争议”完全是“没所谓”的意思。而且，即便是在西方人那边，曾几何时，“婚前性行为”也是“可争议”的，甚至对其还有否定性的“没有争议 ”，否则，“贞操带”的象征物品为何存在，就难解释了。

这后一证据暗示，当人们在一个时间段内说案时，极为容易不自觉地将时间段向 “过去 ”和“将来”两个向度扩展开来，而且，在这个时间段内没争议时，人们就会不自觉地想象在过去和将来都是没争议的，案子本身，定是“不可争议”的。但时过境迁，不同的情形就会出现，案子从没有争议变得有争议，又从有争议变得没有争议……循环往复，以至无穷。

再看“老焦刘氏案”。

我们设想了，不论案情如何，巡抚大人和刑部衙门都有可能有争议，或者没争议，至少从理论上说是如此，虽然《刑案汇览》的记录是 “有争议 ”。既然这样，显然有理由认为，不是 “老焦刘氏案”本身是否可争议，而是因为，如果巡抚或刑部或其他什么人物衙门争起来，它就是可争议的；如果没争起来，它就是不可争议的。如此，进一步结论出现的可能性也是难以躲开的：在审判中不论有无争议，“法律”，是在巡抚或刑部那类法律执行人物或衙门的“大笔一挥”里，因为，他们掌握了“可争议或不可不争议”的权力，而法律文字和案子之间

的“可否争议”的关系，被控制在他们的股掌之中。假如“老焦刘氏案”真是不像《刑案汇览》所记录的“摇摆不定”，而是单纯的要么“殴打”，要么“有奸情兼谋杀”，那么即使巡抚和刑部“没有争议地”将案子塞进三条法律文字之中的任何一条，这也并不表明“法律”就在三条法律文字里。

断案之中的“法律”，究竟在哪里？是“普遍”的，还是“具体”的？

答案恐怕会接向法学现实主义运动的思路。

三

将思考推进。

断案中的“法律”，极可能在巡抚大人和刑部的“大笔一挥”里，又极可能是“具体”的，这有什么理论后果？

我们先引入一对家喻户晓的概念：“法治”与“人治”。“法治”，经典解释说它是法律的统治。法律是什么？人们乐意以为它就是前面说过的那类“一般性”的“法律文字”。人们把法律文字写出来，对其顶礼膜拜，而且人人凡事唯其是举，“法治”便实现了。撇开大清那个时期的“皇权”问题来说，巡抚大人或刑部，照着法律文字裁断老焦刘氏，正是“法治”的一种表现了。如果乾隆皇帝也是这般，那更不用说了。人们总是这样认为。

“人治”，通常解释说是人的统治。在“老焦刘氏案”里，假如根本没有什么法律文字，而是巡抚大人依着自己主意断案，或者，刑部将自己的意思压在巡抚大人的头上，再或者，乾隆皇帝自己非要一锤定音，那么，这便是人们常说的“人治”的表现了。或者，有法律文字摆在一旁，可没人对其有个“敬”字，那也是“人治”的表现。“人治”与“法治”的区别，在于后者有个外在的文字东西放在那里；而在前者，除了

随意随机的意志之外，没有旁边的东西管束着。一般的说法，正是如此。

此外，对照“普遍”和“具体”来说“法治”与“人治”，可讲，“法治”表现了用“普遍”统治“具体”，比如，用一般性的法律文字统摄具体的案子或者事件。而“人治”则表现了用“具体”统治“具体”，比如，用“具体问题具体分析”得出的答案，来统摄具体的案子或者事件。

如果“法治”与“人治”的意思是这般，上面说的“老焦刘氏案”审判——其中不论是有争议还是没争议——到底是“法治”的活动，还是“人治”的活动?

经过前面一节的分析剥离，我们似乎只能认为：那是“人治”的活动。因为，至少在理论上，“法律”总是在巡抚大人或刑部之类的人物或衙门的“大笔一挥”里，它是具体的。到了这步，一方面，我们不得不说它是“法律审判”，另一方面，又不得不说它暗藏了“人治”的谱系。由此，在审判中，“法”是表而“人”是里了。现实主义法学家说过，“那种根据规则审判的理论，看来在整整一个世纪内，不仅愚弄了学究，而且愚弄了法官[5]”；那些白纸黑字的制定法，或者判例，“仅仅是法官就具体案件作出法律判决的许多渊源中的一些渊源”，而不是人们认为的法律规则[6]。

这里，笔者并不打算吹捧现实主义法学运动的理路。那个运动中的成员，特别抓住了“老焦刘氏案”里的“争议因素”，对“没有争议因素”，只字不提。这是以偏概全。所以难怪有人讲：他们是“对个别判决的狂热崇拜”[7]。不过，我们应该注意此运动的思路指向。它提醒，在有争议的案子里，难说法律文字“一统到底”。从这出发，我们就该思考在没有争议的案子里，是否依然难说法律文字“贯穿始终”，而前边，我们这样思考了，现实主义运动的参加者则是“太懒了”，没有继续思考下去。接下来，我们还要更进一步想想：如果在审判

中，“法律”是在巡抚大人或刑部那班人物或衙门的手里，那么，这背后还有什么更为值得警惕的文化?

四

民国时期，学者费孝通说过一段话，十分警醒，现摘录如下:

如果人治是法治的对面，意思应当是“不依法律的统治”了。统治如果是指社会秩序的维持，我们很难想象一个社会的秩序可以不必依靠什么力量就可以维持，人和人的关系可以不根据什么规定而自行配合的。如果不根据法律，根据什么呢？望文生义地说来，人治好像是指有权力的人任凭一己的好恶来规定社会上人和人的关系的意思。我很怀疑这种“人治”是可能发生的。如果共同生活的人们，相互的行为、权利和义务，没有一定规范可守，依着统治者好恶来决定。而好恶也无法预测的话，社会必然混乱，人们会不知道怎样行动，那是不可能的，因之也说不上“治”了。

所谓人治和法治之别，不在人和法这两个字上，而是在维持秩序时所用的力量[8]……

费先生讲这段话，是想说明乡土中国虽然不是法治，可也不是人治，而且，在人的背后，总有一种力量默默地起着操纵作用。我们自然关心后边的意思。换言之，顺后边意思的理路，如果再回到婆婆通奸案子的审判上，可以深一步地认为，尽管巡抚大人和刑部官人在法律上能够体现出个“具体处理性质”的“人治”，但是，那后面，依然有个力量在指使、控制、支撑。这个力量，可以提供一套可预测的东西，叫人们知道可以做什么，叫社会有个“治”。

现实主义法学家的思路比较窄。因为，他们觉得，法律语境里的“人治”是纯粹的人的因素使然。这人想做什么，便可照直去做；主

观意志是决定性的东西。然而，我们可以发现，人总是生活在社会中的，打小生来长来，就要在一个文化染缸里浸泡、滋润，吸取话语质素。如此，体现出的“人治”里面便不主要是个人的意志，而主要是个人的“文化履历表 ”。在这些“履历表”中，就可清晰地分辨在人背后起操纵作用的社会文化“力量”的谱系。而不看到这些，所谓的“人治”，本身又是说不清的。

社会文化“力量”，是个大概念。其中可说无所不包。

不过，在老焦刘氏的案子里，巡抚大人或刑部，喜好运用“推理”审视问题。他们总在考虑案情和法律文字的关系，甚至在潜意识中，搜寻案情和道德情理的联系，试图建立某个逻辑桥梁。这样一种推理的偏好，是类意识形态话语的表层符号。换个讲法，那推理表现了意识形态话语的操纵。意识形态话语，锻造了巡抚大人和刑部官人的观念、知识、论理方式和价值趋向。所以，在法律语境中，尤其在案子审判实践中，意识形态话语的要素，最为重要。其他社会文化“力量”的要素，莫不通过它来彰显神通。

当然，讨论至此，有人可能会提出这样一个诘难：巡抚大人和刑部官人，以及其他这大人那官人，其背后的意识形态话语大体一致，鉴于此种背景的熏陶，他们应该不会“争论”老焦刘氏的法律命运，因为，意识形态话语的一致，自然导出法律判断的一致，故而，他们的法律结论应是一致的。可是，另外的这大人或那官人还是争论了，其中有人非说老焦刘氏属通奸后蓄谋杀人，或说老焦刘氏“非理故杀 ”。如果不是这样，刑部安徽司就不会那么绕弯子说明解释大清律例了。这，不正表明还是有些“人的自主意志”在起作用？而且，即便巡抚大人和刑部官人当时没争论婆婆通奸杀人的问题，他们此前此后，都有可能对别的案子争论一二，或者，具有不同的意见，这也不表明有时人是很“自主”的？

在此，应注意，意识形态话语的操纵是指示一个方向，而不是指示一个具体结论。它会左右巡抚大人、刑部官人以及其他大人、官人的推论方向，倒不会注定显示一个具体的“老焦刘氏生杀”的说法，放在那里。这是讲，大人官人们会在一个“知识圈子”里兜来兜去，他们也许“四书五经 ”“大清律例”读得多了，故而在这类话语背景中，或者同一腔调说话，或者就其争个精义要义是什么，但是，不会也不大可能跳出其外，捧住诸如民间神话、小道俗理另一种类的话语，来说三说四。如此，就算有个“自主意志 ”，它也是“知识圈子”之内的小打小闹、“你争我夺”。

意识形态话语，是“批判理论”的一个关键词。它直指了巡抚大人和刑部一班官人背后的“精神力量 ”，揭露在法律实践的深处，并无客观中立的“法律知识 ”，并无所谓“依法判决 ”（即法律文字有自己的固定含义，法律执行者依此断案）的踪迹。此外，如果引入法律社会学的一个概念— —“活的法律 ”（ lebendesRecht，埃利希 [Eugen Ehrlich] 用语），那么这一“精神力量 ”的外在形式便是“行动中的活法 ”。“活法”与“话语”互为表里。“活法”是自然形成的，可终究是“话语”牵引、提升、推动的结果。这样，所谓的“人治 ”，不论是常说的，还是“法律中的 ”，实在都是“活法”的“治”，而最终是意识形态话语的“治”。

于是，讨论巡抚大人和刑部官人的审判活动，自是剥离其中的“活法 ”，看看法律审判中的行动谱系，最后也是最为重要的，揭示“话语权力”是如何通过“法律面纱 ”，游离于“老焦刘氏生杀”的判词之中的。

读《听来的故事》——掀开现代性法律的另一面[9]

……真正的政治任务是抨击那些表面上看来中立或独立的机构的作用，把在其中暗中作祟的政治暴力揭示出来，以便大家共同与之斗争[10]。

喜欢读文学作品。虽说是外行，但不免有点附庸风雅的趋向。说到文学作品，常听人讲，其触觉敏感，时时于不经意之际切入了社会的某部分要害。原以为，这是“往大了说”，可一日读《听来的故事》，发觉震撼，便深信有时是这么回事。

自己平日研习法律，脑子“前结构”布满了法学话语。所以，读《听来的故事》，自然会不自觉地朝“法理意识形态”的荆棘场域进发。

一

《听来的故事》，是作家贾平凹的作品，几百来字，登在1999年3月17日的一家报纸上[11]。

“故事”前半部分讲了三个故事，属于听来的《听来的故事》。因为，作品里的第一人称“我”，从别人那里听来了《听来的故事》。

头一个故事，有点神话传说的味道。它讲，非常久远的时候，有位英雄十分了得，而且喜好为民除害。他来到一个村庄，问村民有什么麻烦。村民说，山上有虎，这虎祸害无穷。英雄二话不说，立即上

山将虎除掉，并将虎皮剥下回到村子，继续问还有什么麻烦。村民乐得头昏眼花，大声说，海里有条龙，赶快把它消灭了。英雄歇息片刻就跳进海里，和龙大战七天七夜，接着，龙头便被英雄提回到村子。村民笑了，摆下酒席，给英雄灌下一壶酒。可英雄念念不忘自己的“职责 ”，又问有什么别的麻烦。村民说，现在只有一个麻烦了，消除掉，天下必然太平。英雄问：谁？村民说：你。英雄大为不解，问村民为什么这般想。村民讲，很简单，因为你是英雄！英雄低头不语，慢慢离席走开，但没走两步就倒在地上了。酒里有毒。

第二个故事离我们近点，讲抗战时的事情。一人渡河时溺水，另一人把他救起。事后，溺水者认了后者为干爹。没过多久，溺水者经过一山道，发现一人被狼追咬，便奋勇向前，赶走了狼。被追咬者认溺水者为干爹。几年间，这对干爹干儿子日子过得算是乐融融。可后来，一个日子，日本鬼子和游击队作战时将三人抓住，并要其中一人去蹚雷开路。日本人指溺水者，叫他说谁去蹚雷。溺水者的手指最后指向了自己的干爹。

第三个故事几乎就是眼前的事。有个人叫来子。他经常打扫厕所。年终，单位里的人们就把“先进分子”的牌子挂在了他名下。这样一来，来子天天都往厕所方向走去，以至厕所稍有不净，人们就喊起“来子，来子！来子呢？ ”一次，厕所的下水道堵塞，大家认定，这该是来子的工作，于是，来子就下去了。结果，来子永远没上来，沼气把他熏死了。

这三个故事的路数差不多，无非都在讲人的“缺德相 ”，本身没什么奇特。在社会上穿来穿去，这些见惯不怪。

问题是，第一人称“我”，从哪里听来的这三个故事。

二

《听来的故事》说，是从一个颇为斯文的人那里听来的。这个斯文的人，当过刑警队长。而刑警队长，又是从一个罪犯那里听来的。

有意思。

现在，我们可以主观先行地想到，在法律语境中，刑警队长是个“执法”的符号。如果《听来的故事》中的人物具有象征意义，那么，刑警队长不妨解读为“法律”代码。毕竟，罪犯的“罪 ”字，通常是相对“法律”而言的。没有法律，大致也就没有犯罪这回事。更为重要的是，《听来的故事》的确还交代，罪犯是被刑警队长毙掉的：“那个罪犯后来判为死刑，被他亲自执行枪决[12]。”这暗喻：法律战胜了犯罪。

接下来，我们可能会关心，为什么罪犯对刑警队长讲出了那些“尖刻”的故事?

《听来的故事》没说。

猜来，大概有几解。第一，罪犯时常混迹于社会黑暗角落，偏狭的心态，促使其仅关心人的“缺德相 ”。而罪犯知道多了，在临死之前就会展现一下自己的“愤世嫉俗 ”，叫刑警队长警醒警醒。联系到第一个故事，兴许，罪犯还有这个念头：刑警队长像英雄一样除害，最后自己可能也没什么好下场，因为，村民一类的百姓，不仅警惕祸害，而且警惕扫除祸害的“祸害 ”。这世道从来都是惰性的。往深了说，百姓想要象征意义的法律惩罚，可最后还会担心这个惩罚带来别的“惩罚”。

这一解，讲得过去。

第二，罪犯也许不过是个一般的罪犯，犯了杀人的事，才被关进死牢。牢中有狱友，狱友之间除了相互欺辱，偶尔，也会谈论彼此的

经验和故事，象征性地进行你我安慰。讲故事的罪犯，可能正是从别的罪犯那里听来了三个故事。我们知道，这死刑执行前，有个不成文的规矩：一要让罪犯吃饱喝足，二要问问罪犯有什么最后的言语。这也算是最后的仁慈吧。于是，罪犯要被刑警队长毙掉时，觉得没什么可说，便将牢中听来的最令他“茅塞顿开”的三个故事递给了刑警队长。此解引申的话，可讲，人们终将既会明白做坏人的可怜下场，又会明白做好人的可悲下场。三个故事里讲的，都是好人的可悲下场。

这一解，当然也行。

第三，可能罪犯是个既明白又清白的人。他关心社会，时时展露“国家有难、匹夫有责”的风范，看到不顺眼的事，就要唠叨一下，唠叨之际却忘掉了“言多必失 ”。一次说话，大水冲了龙王庙，接着便被打入死牢。末了临刑，世态炎凉仍然揪着他的心。这样，还是“老毛病”驱着让他讲出了象征国家有难的三个故事，即使，面对的是“法律代码”的执法刑警队长。此解侧面的隐喻，可说是，关心社会的结果是善有恶报，但是，人还是需要“痴心不改”。

这一解，同样是可以的。

……

自然，还可以想出其他解。不过已经足够了。

无论提出何解，《听来的故事》的一个进路是清楚的，罪犯讲出的是警世大实话，至少，罪犯清醒地明晓三个故事的意思，并且要传播它。不管出于何故，罪犯总是把它捅出来了，不像某些人，一边做着坑害“英雄 ”“救命恩人 ”“来子”的事，一边站在一旁看热闹，或者一声不吭。当然，令人遗憾的是，无论如何，法律代码时常不会震慑后面那些人。

三

眼下处死罪犯简单，一般是一个枪子儿打出去结事。《听来的故事》接下来说，罪犯是挨了一枪才赴九泉的。可是，它编了一个细节:

枪响之后，他（指刑警队长）离开现场，脚下踩了什么东西，软软的，以为是香蕉皮，又踩了一下，还是软软的，低头一看，是一条舌头。他说，枪子从脑后打进去怎么偏巧就打飞了舌根，足足五寸长啊，这长舌男[13]！

读《听来的故事》，至此深觉震撼。震撼之时，也就忘掉了为什么法律代码不会震慑“后面那些人”这一问题了。起码，觉得那是不重要的事情，还有更紧要的问题。

一名斯文的刑警队长，执行枪决的时候竟然打飞了舌根，舌头掉了出来，还被踩了几下，不知不觉！而正是这条舌头，讲出了三个时间跨度很长的警世故事。这里兴许有一个《听来的故事》的深层进路。

再瞧三个故事的时间排列。

这排列有个历史顺序。第一个是久远的，第二个是较近的，第三个干脆是眼前的。如果又提“法律代码”，那么，法律的暴力惩罚在这个历史顺序中则显得“由粗鲁到文明”。久远之时是古代，那个时候，英雄与虎斗与龙斗，其乐无穷，而执法者胸毛粗硬，手抡利刃，处决死犯犹如屠宰。较近之时，已有“现代文明”的征兆，救人者虽是要么在河里奋勇斗龙，要么在山里拼死驱狼，而执法者却粗细兼有，不会彻底地有如屠宰，可有时也会喊声“拉出去！”眼前，就是文明时代了。来子是被“沼气”熏死的。“沼气”主要成分是甲烷，“甲烷”一词纯

粹是科学的语汇。科学有“文明”的意思。而开枪的刑警队长是“斯文”的，并且，事后还会“有文化地”讲述自己听来的故事。

舌根被打飞，是在眼前的文明时代。

而文明在人的风貌上，就是“斯文”。

说到“斯文 ”，那不仅是不粗鲁，更是有知识。这知识有时是所谓的“科学知识 ”。在法学专业的话语里，“刑警队长”被列入“科层”谱系。他有业务专长，业务知识是系统的。科层是“现代科举”的成品。讲起科层，人们则是容易想起现代性法律设计的一个方面。在历史上，法律的发展，经由了一个理性化、复杂化、专业化的阶段。因为，人们曾经大体以为，法治如能实现，当是首先有个规则罗列一旁，以便凡事可以“依法决断 ”。规则，不能粗线条，应该入微细致，否则，引起公说公的婆说婆的，还是等于没有规则。而规则具备了，便要大批的具有法学学科知识的人士操持运作。法律科层，由此而出。

刑警队长的“斯文”，暗示了这一点。

到这，便引出一个头痛的问题：怎么就是“斯文”的法律科层代码打飞了“长舌男”的舌根?

试着解释一下。

舌头是“思想言语”的象征。罪犯的舌头讲出了许多东西，最为重要的是，讲出了社会的“惰性秩序”不太喜欢的言辞。不论怎样，不少人做了一类事，自觉不光彩，可也不愿意被人无情地撩开面纱。于是，这类人需要一种东西，震慑不无顾忌的思想言语。都说法律是管行为的，法律名义的惩罚也是朝行为而来的，与思想言语无关。可

《听来的故事》已经暗喻：法律的暴力不仅可以割断舌头，而且可以打飞舌根。

进一步联想下去。

舌头从中间割断了，也许是在暗喻轻度的一般人的“失语症”。法律有时可以凭借暴力，硬将对立面的思想言语压制下去，这是古代乃至近代，常常可以发现的情形。此种“失语症”，是由恐惧引发的病症。恐惧引发的病症，治愈不难。到了现代已有证据显示这点。

然而，打飞舌根，可能是在暗喻深度的一般人的“失语症”。深度的“失语症”，与恐惧无关，倒与“心甘情愿”相联。面对一种“神圣的”“不可置疑的”“理所当然的”象征物，后种“失语症”，不是不敢说，而是不想说，由此无从谈起“说”。并且，“不由自主”，是其基本特征。“斯文”的刑警队长这一现代性法律代码，站在人们面前，容易叫人“不可置疑”，其有“客观”“中立”“形式正义”的科层外貌。故而，粗读《听来的故事》，总会不知觉地理解“斯文”，以为这是“正当的”，具有“合法性”。所以，打这提升的法律统治，是在“根”处摧毁言语反应的能力。现代社会有时可以发现此种深度的“失语症”。

当然，如果罪犯在现代社群语境中是不折不扣的罪犯，过街老鼠，而且没有讲过三个故事，或者，讲故事时，完全像前边分析过的头两种情形那般（前面猜过三种可能的情形，以解释为什么罪犯会对刑警队长讲听来的故事），要么诅咒刑警队长，要么随便聊聊，那么，他被毙掉也就另当别议。现代性法律代码，由此，也是不可指摘。

问题恰巧在于，罪犯可能像前边分析过的“罪犯为什么讲故事给刑警队长听”的第三种情形那般，属于既明白又清白的人，时时展露“国家有难，匹夫有责”的风范，最后，没有留神，说话之间，“大水冲了

龙王庙 ”，被毙掉了。此外，类似英雄被酒毒死，救人者被人出卖，来子被沼气熏死而旁人无动于衷的事情，总是屡见不鲜。到了现代社会，依然如此。

这样，“斯文的刑警队长”和“打飞舌根”之间相互关联的象征意义，来得颇有意蕴。起码在某些时候，它暗示，要解开“合法性”的外衣，掀开现代性法律的另一面。因为，它可能以“客观 ”“中立 ”“形式正义”的科层名义，背弃了社会一类的“正当 ”，而在背弃的同时，还叫“人”不可置疑。这“人”自是包括了“斯文的刑警队长”、一般人，还有“长舌男”本人。

《听来的故事》下意识地点到了要害。

最后留一句。人们都讲，文学作品读来是见仁见智，意义任由发挥。真是这样，则上面对《听来的故事》的解读，只是一种解读。

从《水浒》的翻译看[14]

话语既可以是权力的工具，也可以是其结果……话语传递并产生权力，它加强权力但又削弱并揭露权力，使其虚弱并能够使其挫败[15]。

《水浒》，是中国古典文学名著。而不论在中国，还是在外国，一旦成为名著，就意味着通常需要翻译成外文，让非母语的读者可以阅读。当然，翻译有时是“主动的推销”，有时，是“积极的接纳”。前者说的是，母语的主体自己翻译，目的在于“推出”，用一种话讲就是“开拓进取世界”。后者说的是，非母语的主体也即“他者”翻译，目的在于“接入引入”，时常通称“引进吸收打开眼界”。现代性的展开，其方式之一，就是翻译。

翻译中有学问，而且是大学问，故现在对翻译颇多研究，遂促成一门显学成立，造就了新的学术分工，并引发了“翻译极为可能是种话语策略”的警惕。人们开始思索，翻译是否隐含着话语权力的运作。《水浒》的翻译，历经数次，其本身的故事，翻新不断，其中似乎就有“策略”的问题。

当然，本文只谈故事中的一个“版本”，略及“翻译策略”，主要目的是从翻译问题导向法律问题的追究。

一

“文化大革命”时期，有一个国际友人，叫沙博理（SidneyShapiro）。此人居住中国多年，十分精通汉语，又特别喜好

《水浒》。当时篡政的“四人帮”，力邀沙博理用英文翻译《水浒》，以便“推销”，送及海外。沙博理勉强答应下来。翻译完成之际，沙博理将译稿交给“四人帮”，算是交差。可“四人帮”初读英文译本书名，立即表示了不满。英文书名是 Heroes of the Marsh。“四人帮”说，宋江被帝王招安了，他是叛徒，而且跟随他的相当一部分梁山泊人物，没有“阶级觉悟”，同样是叛徒。既然是一群叛徒，怎么能用 heroes（英雄）这个词？所以，这里的翻译之误是根本性的，有关立场。“四人帮”有想法。他们觉得，既然是“开拓世界”式的“推出”，就要有意识地通过翻译策略引导非母语的读者，让他们看出历史中人物的真正问题，特别是历史中人物和当代人物之间的隐喻关系，以明了“文化大革命”时期中国某些人物的“深层一面”。“四人帮”说，应该用与中文里的“歹徒”一词相对应的英文词，而且要求沙博理一定要准确找到这个英文词。“四人帮”指出，梁山泊人物，开始时是“造反”，可后来是叛徒，两相连贯，就有了比叛徒还要恶劣的情节，于是非用“歹徒”一词就不能揭发其实质。沙博理这时发现，“四人帮”对翻译有点在行，接着，答应找词。最后，英文书名成为 Outlaws of the Marsh [16]。outlaws的确有中文“歹徒”的意思，而且，主要是这个意思。“四人帮”读后，觉得“爽”，遂宣布翻译“大功告成”。然而，沙博理暗自偷笑，而且在“四人帮”垮台之后，还不无得意地说，outlaws还有中文“好汉”的意思，通过全书的翻译，英文读者一定相信，书名在指“好汉”！[17] 沙博理似乎是“该出手时就出手”，用outlaws的双重隐意来暗中进行话语抵抗运动。他同情那些“四人帮”不喜欢的人物。

在《水浒》翻译过程中的这个“版本”故事，非常鲜明地表现了翻译的意识形态策略的斗争。

二

现在转入法律问题。在梁山泊的特定语境中，不论 heroes，还是 outlaws，都与法律有关。heroes针对的是法律制度，outlaws更是如此。可是，作为能指的两个词，其所指向的实在对象，却是一个— —一群人物群体。换言之，用中文语词来说，既可以用“英雄”来表达某一类反抗一类法律制度的人物，也可以用“歹徒”来表达某一类违反一类法律制度的人物。不同意思的语词使用，表现了对特定人物或者特定法律制度的不同立场。尽管，英文里 outlaws，也有“好汉”的意思——和 “英雄 ”的意思有了点滴相通的地方。但颇为重要的是，“英雄”所对应的“反抗 ”，表达的是对一类制度的否定；而“歹徒”所对应的“违反”，则相反，表达了对一类制度的肯定。

在法学里，一个问题始终暗中作祟。这个问题是：为什么在某些语境中，人们总是中性地看待法律，比如，在前面的语词使用中，无论“英雄 ”，还是“歹徒 ”，无论“反抗 ”，还是“违反 ”，都没有否定法律本身的资格（尽管对法律有不同甚至相反的态度）；而在某些语境中，人们却仅仅正面地、怀有偏激道德立场地看待法律，比如，我们的语言表达习惯中总有“法律是正义的象征”“法律是人类智慧的体现”“法，平之如水”……

当然可以认为，这是法学里常说的实证主义话语和自然法学话语的“争论”现象。实证主义，从来都说，“法律的存在是一码事，法律的好坏则是另一码事 ” [18]，因而，在《水浒》的翻译中，“英雄 ”“反抗”也好，“歹徒 ”“违反”也好，同时都是对法律资格的认定，但却可以表现出对法律的肯定或否定的态度。自然法学，尤其是极端的自然法学理论，则是相反，认为“法律的存在和法律的好坏从来都是一码事 ”， [19] 所以，在“英雄”和“反抗”的语词使用过程中，法律表面上看是存在的，实际上则并不存在。否则，英雄就可以反抗“正义的 ”“智慧的 ”“平之如水”的法律了，这会是奇怪的语言使用，而且至少是违反了一些重要的语言游戏规则。

但是，传统的实证主义和自然法学的“笔墨官司”，已经过时，其启发意义，可能已是大打折扣。因为，语言的使用从来都是应景式的，更为打紧的是，语言的使用者，从来都是从自我理解的角度去看自己的语言使用，并不喜欢跳出“自己的立场”，总会认为自己的语言使用，是正确的、应当的，尤其针对法律这样的社会建制问题。进而，语言游戏规则也变得是多重的、复杂的，构成了多维曲扭演化的空间。而实证主义和自然法学话语，都在从“他者的立场”来讨论问题。“他者”的立场，表现了知识理解的中立性，并且，意在表现这种中立性，展示了知识观察的“外在性”，毕竟，这种立场相信，法学知识的寻觅也是知识中立追求的一种。两种话语的这种“他者”潜意识，决定了其不可逃避的“过时”。不论实证主义认为自己怎样有道理，认为自己对法律制度的建设怎样大有裨益，不论自然法学认为自己多么“讲正气”，对法律制度的建设多么立意高远，生活在现实中的个体，还会采取自己的语言行动策略，标明观点，进行“斗争”，自我伸张，从事征服，进而构筑“法律想象”的一个方面。这就是“过时”的意思。

因此，暗中作祟的法学问题，不是实证主义和自然法学揣摩的那样，是一个“他者”可以争论清楚、论证清楚的问题。这个“暗中作祟”，是持续的、生长的，是和作为个体的我们每个人眼睛中的鲜活法律场景持续相互作用的，并在相互作用之中，凸显个体的利益、嗜好和立场。

那么，我们是否可以设想，个体化的法律话语实践决定了法律生活必定是“反普遍”的？这不一定。因为，谁都可以发现，即使是在我们个体的自我经验中，我们也能发现特定语境中的我们自己和他人的某种一致。有时，某个体，的确和他者个体分享了共同的法律体验，因而，进入同一条战壕，彼此鼓励、相互支援、一致对外，设定共同的“标靶”。就此而言，如果将法律游戏看作语言游戏的一种，那么，

维特根斯坦（Ludwig Wittgenstein）的断言是不能忽略的：语言游戏是生活，生活是语言游戏，而语言游戏是有规则的，尽管规则在变化[20]。

可是，个体化的法律话语实践，因其是从自我立场出发的，或者说是从“内在实践立场”出发的，所以，法律游戏规则的变化，又和自我个体的争斗有着联系，是由自我个体的争斗加以催发的。“自我”确定着立场，谋划着策略，设计着方式，运用着权力（福柯［Michel Foucault］式的权力），从而在一种法律游戏规则中不断注入新鲜元素，也即导致演化可能出现的新诱因；“自我”总是轻声唱着“军号已吹响，钢枪已擦亮，部队已出发… …”将自己的意志及热情，诉诸战场。而一种法律游戏规则和自我介入的相互关系，是无法确定的，是无法知识化的，尽管，可以小作描述。于是，法学知识的努力总是面对了无法知识化的部分对象。

这就是在一个《水浒》翻译的故事版本中可以发现的问题。

三

在“四人帮 ”“想象”着梁山泊时代的法律的同时，沙博理也在“想象”着，尽管他们都没有生活在那个时代。我们也会“想象 ”，虽然我们同样没有生活在那个时代。只要在生活中有着争斗，比如，像“四人帮”那样有着力图含沙射影的攻击意图（将宋江喻为某某），像沙博理那样有着春秋笔法方式的迂回抵制思虑，人们就会不断地“想象”法律，“砌筑”法律，不论这个法律是什么时代的，并且，为其击鼓，为其呐喊，为其披挂，为其上阵。人们不仅要争论究竟是用“英雄 ”“歹徒 ”“好汉”还是“反抗 ”“抵制”等语词去阐述《水浒》的故事，以及其中的翻译，而且要争论究竟是否用其他语词去阐述去翻译，从而准备设置不同的法律气氛，制造不同版本的法律故事，包括不同版本的翻译故事，使法律游戏规则变得“既在此时又不在此时”，十分辩证。

当然，我们可以自我约束地做个“旅行者 ”，克己复“法 ”，走马观花，不卷入上面所说的一切，去客观地描述法律现象，生产普适的法律知识，指出“四人帮”和沙博理都是不客观的，没有普遍的法律知识储备，从而指出“到底是用何种语词来翻译不是个不能解决的问题 ”。但是，就是我们自己，恐怕都没有办法可以不生活在特定的法律制度中。毕竟，我们总是生活在一个无法自拔头发从而脱离地面的“法律地球村庄”中。

如果无法成为法律知识的“旅行者 ”，那么，就必定是法律知识的“角斗士 ”——而且是在使用文字的每一刻，包括笔者写下上述文字的这一刻。

有产阶级的法律——新游学纪闻在美国(一)[21]

……社会不是以法律为基础的。那是法学家们的幻想。相反地，法律应该以社会为基础。[22]

本文讨论法律、法律教育与资本的关系。

2003年 3月，在美国岭南基金会惠助下，我得以再次游学美国。虽然继续以“访问学者”冠名，但是，自己始终认为是在游学。游学，意思当然是指暂留学习，而所谓暂留学习，就是“学生”的一件事情了，不论“学生”的岁数有多大。作为学生，应该“习而思之 ”，凡事打个问号。此番游学，真有一些疑问时常浮现脑海，问题关于美国法律事业，关于中国法律事业，总由小事引发。

一

这次游学的主要目的地，是老地方— —几年前来过的美国俄亥俄州立大学法学院。这里有熟人，方便。这个法学院，在著名法学院林立的美国，时常以“小弟”自称。这是不得已的谦逊。毕竟，人们总会提到赫赫有名的哈佛、耶鲁、斯坦福、哥伦比亚、纽约大学的法学院，而不会论及“小弟”。

俄州这家法学院的大楼没有变，还是那座， 1958年建成的，那年我在中国呱呱坠地。但是，大楼镶嵌的一个新的名称吸引了我— —Mic ha e l E. Moritz法学院。这是说，法学院的叫法前面加上了一个人名。朋友告诉我，Michael E. Moritz是当地的一个知名人士，类似中国

的“李鼎明先生”。这个 Moritz，捐助了一笔钱，所以，“法学院”几个字前面就有人名定语修饰。钱数，是三千万美元。不小的数目，足以解决一些问题。

我特别注意朋友告诉我的四个细节。第一， Moritz先生是这所法学院的毕业生，当时学习成绩平平，没有成为学生中的亮点。第二，毕业后， Moritz先生几乎没有从事法律职业，而是做起了生意，其生意事业转折点是十多年前的股票操作，几个回合，一举成功，从此进入当地“富豪”排行榜，而法律职业在其心目中究竟是何地位，则不得而知。第三，说重要挺重要，说不重要也不那么重要，这就是，Moritz先生的家里人几乎都不赞同把钱捐给母校。不是不爱母校，而是觉得需要留待更重要的用途。第四，学校花了几年的工夫，运用超常规的公关手段，最后将钱“切入”学校的金库，当然，其时恰逢Moritz依然健在（现已去世）。用朋友的话说，当时学校是不达目的誓不罢休，正所谓“明知山有虎，偏向虎山行”。Moritz家里人在那里作虎状。Moritz本人也有些犹豫。

我很关心钱。其实现在人人都关心钱，美国人也好，中国人也好，都不例外。谁让钱可以做成事，还能做成与法律相关的正义的大事，并且堂而皇之？此外，在高举正义大旗的时候，法律人既可从中“金榜题名”，也可从中“腰缠万贯”，这就难怪法律人总是在“钱”中乐此不疲。上述四个细节，都是围绕“钱”来转的，并且与法律事业都有关系，只是关系有远有近而已。

本文先说第一个细节，并略作发挥。

二

Moritz先生读法学院时，家境一般。谁都知道，大学毕业后，在美国要读法学院，不仅 LSAT（法学院入学考试）成绩要看得过去，

而且还要有相当的经济基础，除非接到全额奖学金这样的天上掉下来的馅饼。家境平平，读起法学院来就有些吃力。毕竟，学费昂贵。据说， Moritz先生当年像许多美国学子一样，誓不增加亲人负担，勤工俭学，靠自己的双手打造学习的“银境 ”。挣钱的地方，有证券交易，也有其他行当。最令 Moritz先生得意的地方，就是证券交易。一是在其中可以捞到实惠；二是在其中可以理解资本的运作，反思经济关系；三是在其中可以洞察法律和钱的关系，特别是法律是如何在管理钱的同时又受制于钱的。 Moritz先生因为兴趣有些转移，也即特别注意了法律和钱的关系，或者法律与经济的关系，并且身体力行，所以，对课本中的法律与正义、与道德、与宗教的关系，甚至细节化的判例内容和制定法条文，显得有些不耐烦。成绩终于平平。

在这里，成绩终于平平，并不是我们关心的问题。我们关心的问题，在于当 Moritz先生在学习法律的过程中，一方面，课堂上要培养正义的气节，熟读法律的公正精要；另一方面，课堂下要和他人进行经济的攻防交易，算计细节，如何在红色经典政治经济学认为并不生产真正价值的证券交易中，有所获得。而这样一种双向过程意味着什么？自然，经济交易也讲公正，或者公平。但是，我们的语言总有“商场有如战场”的叙事，英语也用 battle（战斗）来描述 market（市场）的言谈。如此，在敌对状态中，所谓的公平，也许就是中文“周瑜打黄盖”说法的另一种表达。事实上，美国法律教育的过程，在学费昂贵的情况下，一方面在要求着话语大词的正义；另一方面，在要求着如何以谋略方式对付他人的“现场”斗争。如此，这一双向过程实在是使人格出现“精神分裂”的一个过程。这就难怪 Moritz先生成绩平平，然而，却可以为日后赚下大批美元并捐出三千万奠定良好基础。

这里可能与“正义与效率”的常识矛盾有关，也可能与我们通常认为的“美国法律教育甚至法律制度都是虚伪的”常识观念有关。但是，问题并不这样简单。因为，无论在哪个地方，法律都是“硬通货 ”，人

们发现，离开法律是不行的。我们中国今天也都是大讲法律，在我们的法律教育中，费用，现在也是一个前提了，而且有人为了学费，和Moritz先生殊途同归，并且经历着同样的可能的人格“分裂”。这意味着，将法律说成好的，或者将法律说成坏的，都不影响我们最终运用法律。而且，我们总能发现，法律以及法律教育是在资本的推动下运作的，而资本的运作，总是依赖以“私权神圣”“公权制约”为标签的法律象征，并以此作为自己合法化的制度保障。于是，法律运作及其所赖以依托的法律教育中，一定存在着什么东西令人苦恼。

三

引入社会分工的概念。

现在的社会，自然是分工化的。谁也不会认为可以“纯粹地自力更生”。道理，十分简单，有你知道的，必定有你不知道的，而你生活的语境从来就是由“知道”和“不知道”两个方面构成的。甚至可以说，你的“不知道”，正是别人“知道”的主要理由前提，反之，别人的“不知道”，正是你“知道”的主要理由前提。否则，别人和你各自如何生存？于是，我们也就可以理解为什么知识的分配从来都透露着狡猾的微笑：让你明白一些知识，一定是为让你不明白一些知识。相互依赖，是社会知识的一种必要安排。

社会分工，意味着知识服务既是相互的，又是交易化的。法律知识自是不能例外。犹如常识所说，法律运行要成本，因为法律的产生，法律人的培养，法律的社会嵌入，都是钱“做的好事”。想要得到法律的帮助，要付成本。成本是不得已的，就如同法律人需要他者提供另类的服务，同时需要付出成本一样，天经地义。从这个角度来说，法律，以及法律教育，是在交易中诞生的，至少是在交易需求中诞生的。期待一个实体以第三方身份出现以调解社会纠纷，以实现社

会正义，同时又无“交易”的色彩，这实在是人们在遗忘社会分工以及交易费用的时候所构筑的一个乌托邦。

我这里无意说法律不能做我们有时共同认可的“正义”。有些时候，我们的确在为法律的“正义胜利”欢呼雀跃。但是，这种“正义”，是在交易已经完成之后甚至是在交易正在进行的时候实现的。谁能指望一个没有私化费用支出（比如个人聘请）或公化费用支出（比如国家财政支持）的法律正义，可以自动地来到我们身边？美国人，以及我们现在中国人，都非常强调“纳税回报”：公民交税了，所以需要得到国家的法律救济。反之亦然，国家法律救济在安排之际，同样要传达一个“你要交税甚至还要交费（比如诉讼费）”的信息。这就是交易。这种交易中，任何一个环节的失败，意味着作为社会分工一部分的法律的失败。也正是在这个意义上，我们获得的社会正义，是在法律和交易的“共谋”中生产的，它离不开“钱”。我们认可的“正义”，和我们的“支出意识”“收入意识”“收支平衡意识”，以及正在进行的“交易”，无法分开。所以，我们认可的“正义”，就是我们喜欢的“正义”，是我们为之“提供支出”的正义，而非大写的正义。

这就是法律运作及其所赖以依托的法律教育中的苦恼。法律人，是在“交易化”的法律教育中培养的，从一开始，像在Moritz先生身上看到的那样，为了成为法律人就要“支出”。这样一种在法律教育中呈现的“支出收入”的交易，实际上早已印入美国法律学子的头脑中，也将自然地印入中国当下的法律学子中。这些学子的“交易意识形态”，在其进入日后的法律空间中，怎能被忘掉？何况法律空间中本身就存在着“法律交易市场”。

因此，我们必须面对一个问题：以费用为前提的法律教育，其角色到底是怎样的，是否光彩？接下来的一个问题：对于无法支付费用的社群来说，法律教育以及后来的法律运作，如何向其倾斜？马克思

（Karl Marx）说过，法律是有产阶级的事业[23]。Moritz是否读过马克思的书，不知道。但是，他在攻读法学院的同时操持证券业务，肯定是在实践马克思的这个观念。更为困难的问题在于，我们在明知法律是有产阶级的事业的时候，不能因此抛弃法律，不能将其变为无产阶级的事业。

意识形态的分裂——新游学纪闻在美国（二）[24]

新阶级的繁衍越是依靠专业化的公共教育制度，他们就越会生成一种意识形态，强调自主性，主张自己置身于经济和政治利益之外[25]。

在上一篇小文（《有产阶级的法律》）中，我提到M先生是怎样在美国法学院"修炼"的。从中发挥，我提到了法律教育和法律本身如何是一项有产阶级的事业，而且，作为无产阶级的我们，同样需要这种法律，这是一种吊诡。文中提到了M先生为母校捐款，出手不凡，一掷三千万。只是，捐款过程的完成，是有些周折的，需要"各方努力"，其中一个努力就是学校费了九牛二虎之力才将钱从M家人那里切了过来。学校切钱，这是人们可以注意的第四个细节（参见《有产阶级的法律》）。

现在，我想说一下"学校切钱"的事情，而且再作发挥。

一

眼下大学办学，都要切钱，没有钱是不能办成事的。切钱是件任务，甚至是完成世界一流大学建设任务的前提。有的时候，可以从私人那里切一刀，比如在上面提到的M身上，有的时候，要从公家那里挖一块，比如中国许多大学就是这样做的。切钱有学问，而且是大学问。当然，更重要的是细节上的招数。

在美国，朋友对我说，从 M先生那里切钱的时候，他们大学费了一番工夫。

我们先说第一步。学校第一步，是派出法学院的一位副院长出马，打探虚实，看看有无可能。见面时，这位副院长要先问候一下 M先生，然后关心一下先生的近况，接下来就是介绍母校法学院的“辉煌”，再就是说一下，法学院如果具备了某些资金条件，如何可以进一步地可持续发展，进入全美一流法学院的行列。不仅如此，还要将 M先生夸一番，将其在金融证券业内的成就如数家珍地娓娓道来，说其如何令人羡慕，如何令母校骄傲，如何使母校的法学院因为 M的名字而在当地金融界如雷贯耳。当 M先生飘飘然的时候，再加把劲地捧一把，称其成就做得还是“谦虚 ”了，如果再上层楼，不仅可以再创辉煌，而且会让格林斯潘（ AlanGreenspan）都觉得自己差了一截。最后，非常严肃地带有激情地握一下 M先生的手，诉说如何希望先生重回母校观光，看看“今日”的法学院，回忆一下昔日的“青春 ”，在动情之际递上一句：“如果法学院可以有哈佛之类的法学院的硬件，那么法学院就肯定不止出现一个伟大的 M，还会出现第二个、第三个 M，等等，如此，第一个 M的意义是多么具有历史性！”

第二步，是法学院院长出马。在美国，人人知道，各类院长的重要任务之一，和校长十分类似，就是找钱办学，除了添加学院所需设备，还要设置各类冠名讲座教授职位，以壮“特色”“声威”。当副院长将事情谈得有点感觉的时候，院长就要落实关键条件。院长的出现，意味着学校非常重视此事，也是给 M先生的一个“抬轿 ”。在这第二步，院长不能像副院长那样“毕恭毕敬 ”，而是比较矜持，既尊重对方，又显示“平等 ”，让 M先生开始出现新的感觉：将钱捐出来固然是伟大的贡献，但是，没有这笔捐款，法学院依然可以“与时俱进 ”，法学院让你捐款既是对你的期待，也是对你的器重。外人可以这么说，谈判策略在这里因为角色的变化而发生了重要转折，换言之，法学院

一方不再是“打探”“吹捧”“翘首以待”，而是“等待”“互敬”“坐收渔利”。

但是，M的家属不同意。此时更为蹊跷的是，就在M先生大体同意的时候，先生的身体出现了问题。家属说，我们家先生是有“爱”心，但是，捐款一事留待日后再议比较妥当。家属是有自己想法的，毕竟，那是三千万。只要事情暂时“悬置”，就有可能彻底推翻。法学院急了，学校也着急。学校是州立大学，就是我们这里说的省属大学，它可没有多少民间财源，主要是州财政拨款。眼看就要煮熟的鸭子，居然还有可能让它再飞起来？！于是，出现了第三步。

第三步是学校副校长出面。副校长出面共三次。第一次，拿着鲜花就去看先生，一切不谈，只论关心。第二次，还是拿着鲜花，不过是双手抱过去，依然不谈“钱”事，只论关心。第三次，拿着更大一束鲜花，仅仅将它放在先生的家里，然后表现出“不能打扰”且起身准备离开的意思。当然，就在第三次，M先生感动了，而且家属也感动了。还说什么呢？M提出，他准备马上草签协议，为母校做出实质性的贡献。可那位副校长只说了一句：“过几天，我们校长还来看您！”

后面的事情可想而知。一切非常顺利。M先生的三千万，进入了学校的账户。

听完朋友的介绍，我联想到了中国。我们这里的大学还有法学院为了一桩“业绩实事”，除了细节有些不同外，大致来说，不也是这么“练摊儿”的？

自然，问题不在于怎么“练摊儿”，而在于谁在练，这人练了之后又再干什么。

二

再说事实。那个美国法学院副院长、院长是法学院教授出身，而且教学科研从未落下。他们在上课的时候，从来都是告诉学生美国法律的办事程序是如何和正义、民主、权利相得益彰的，如果运用什么手段的话，那也是为了对付邪恶。两位教授还经常出入自己法学院的legal clinic（法律诊所），“为民排忧解难”。而副院长，就在头天下午琢磨怎样和 M先生“谈判”之后，第二天早上到了 clinic……

这是一个对比。

还有一个对比。那个法学院的大楼，刻有几个美国著名大法官的语录。其中一个说到，当你进入法律职业的时候，你要仔细思考运用什么手段来解决正义问题。说这话的就是约翰·马歇尔（JohnMarshal）大法官。这是座右铭。而大楼本身盖得超靓，既有现代前卫建筑风格，也有古典庄严之姿，而且设备功能极为齐全，实在方便。尽管其费用不全是从 M的捐款中支出，但是，后来之耀眼，却和先生的添砖加瓦，不可分开。而添砖加瓦就是经由切钱手段实现的。

第三个对比是招生。三千万入账后，其中不少是用来资助学生的。资助学生的时候告诉学生，这是勉励学习法律，让学生树立“荡涤人间不平”的宏伟理想。而隐蔽的资助目的却是和另外一个临近的上乘法学院展开竞争。奖学金是个诱惑，诱惑优秀学生，如此，让临近的上乘法学院逐渐逊色，最后使自己在附近一片成为“大哥大”。这是“业绩”的意思。

这些对比，并不奇怪，一旦说出来大家都会觉得司空见惯。但是，我们总是将美国的法律和法律教育想象得如何“天堂 ”，以此借鉴，移植中国，并誓言打造世界一流的法学院。其实，这个具体“切钱”个案，说明了西方和中国是多么的“似曾相识 ”。一旦进入了经济的逻辑，“自利”的选择就是屡见不鲜的（这里毫无贬义）。法学院要

发展，而发展需要钱，这些都是硬道理，如此，法学院的教育以及由此而来的新法律人出炉，势必要带上意识形态分裂的痕迹。

在说"意识形态分裂"之前，先看一下"意识形态"的意思。

意识形态，是无处不在的。宣讲程序正义、进入 clinic、勉励学生，还有大楼刻字、建筑庄严，是意识形态化的，表达了人们的某种一般观念，而且是某种人们要努力为之奋斗的一般观念。它们是符号，表征着意思，而在这里，稍加体味就会知道其中的"古典法律"（也就是"法律公平"）的象征意义。而另外一些东西，像切钱谈判、争夺生源、书写业绩，还有不断地计算三千万如何地花，也是意识形态化的，也表达了某种一般观念，而且同样带有"奋斗"的痕迹。它们同样是符号，表征着另外意思，这可是直接感觉就可把握的"现代法律"的一个侧面象征意义（现代法律不能摆脱钱来运作，参见《有产阶级的法律》一文）。当社会更加发展的时候，当经济更成为第一时间的目的的时候，掺杂"会计成本"的现代法律制度以及法律教育，是不可能摆脱另外一半所谓的"效率效益"的意识形态的。

三

推进思考。事实上，在法律语境里的意识形态分裂，应该不是什么新鲜的事情。人是双面的，需求是复杂的，同一个人，此时和彼时都会不同，于是，今天做了大义之事而明天做了"不太好意思"的事，也就没有什么大不了的。问题是就法律而言，其中的法律人，以及法律教育，为什么也可以是双面的，就像前面的"一边在挖空心思切钱，另一边在宣扬正义"，尽管，这两种做法并不必然是直接对立矛盾的。

应该指出，法律，包括法律教育，其本身是无法逃脱"意识形态分裂"干系的。法律以及法律教育要输出正义，要输出公平，在输出的过

程必须借助输出手段，而手段用经济学的术语来说就是“依赖成本 ”。谁能说它们实现正义公平的过程是不用花钱的？既然如此，它们从降生的那一天起，即使是“古典法律”的草创阶段，金钱都不能离开其左右。另一方面，至关重要的是，在这里，不是像《有产阶级的法律》一文所说的，法律是有产阶级的事业，那只是问题的一个部分。在这里，法律以及法律教育在依赖成本的时候又必须做些正义公平的事情，因为，实现正义公平是赢得金钱的前提，这又是一个关键。于是，问题就不仅仅是金钱为法律和法律教育做嫁妆，而是法律和法律教育的正义公平也在为金钱做嫁妆，或者，可以这样来说，法律与法律教育干出“正义公平 ”，是它们得到金钱资助的资格。不做出一点像样的正义公平之事，金钱反而是不会“送上门”的。我们还可以这样提出问题：它们不做正义公平的事情，能向金钱伸手吗?

有人会说，有的法律包括法律教育就是非常恶劣的，不做正义公平的事，它们照样可以拿到金钱，甚至支持“铜臭味”的金钱。我以为这是可能的。但是，更普遍地来说，如果正义公平本身就是语境化的，那么，即使再恶劣的法律和法律教育，也有正义公平的颜色，这样，问题就像人们常追问的，只是“谁的正义，谁的公平”的问题。它们总要拿出个“一家认可”的正义公平作为理由，否则自己是难以存在的。同时，谁都知道它们有个“妥协”的问题，这是说，它们有时还是要做一些社会普遍公认的一些正义公平的事情，否则，它们同样是难以存在的。换句话说，法律和法律教育在正义公平的事业上不能只帮一家的忙，还是要更普遍一些，更普适一些，至少，这是门面问题。当然，拿出虔诚一点的态度的话，就是“必须”承认它们本身就有正义公平的一面。

接受了这样的看法，结论似乎也就变成了：法律包括法律教育在做大义之事的时候，必然要做些“不太好意思”的事情，而做些“不太好意思”的事，恰恰是为了做一些大义之事。这就是法律包括法律教育的

深层意识形态分裂。也可以这样来讲，它们没那么“单面”，没那么“纯情”。我们既不能说“它们不过是你们那个阶级的意志而已”，也不能说“它们是没有金钱味道的大写正义与公平”。

既然如此，我们为什么不能理解美国法学院的“领导们”，在教授程序正义、进入 clinic、勉励学生，甚至将手指向大楼所刻的法律先贤语录并且指向庄严的法学院大楼（或说“法律大厦”象征）的时候，他们也会“不好意思地”做些切钱的生意？既然如此，我们为什么不能理解我们中国今天的法学院，也在从事同样的意识形态分裂的实践？那是事物的原本。法律人唯一需要认真对待的问题，只有一个：提醒自己是在这种分裂之中的。

小额官司——几类思考的理路[26]

……一讼之兴，未见曲直，而吏有纸张之费，役有饭食之需，证佐之亲友必须酬劳，往往所费多于所争。且守候公门，费时失业，一经官断，须有输赢，从此乡党变为讼仇，薄产化为乌有，切齿数世，悔之晚矣。[27]

听讼，吾犹人也。必也使无讼乎。[28]

一日，“奉诏”进京，在一大媒体上清谈“小额官司该不该打 ”（节目是《实话实说》），引起不小争议。事后，与业内友人交谈，又再深入论及，将几类思考展示铺开爬梳整理，小有斩获。现动笔写一下。

一

先交代语境。

中国人久远的习惯，大概是和众息讼，不到万不得已，不进官府衙门法律了断。据说，这是今日法治观念依然疲软的一个缘由。有了纠纷，先想到和解，或者忍着，或者看看风景以便将其抛在脑后，是一种心态。这种心态有时会使日子过得不那么紧张。可是，一种心态就会影响做事的方式，还有发散的效应，传入社区乃至大社会，使人随之而动。这样，与“法”连接的“立法 ”“执法 ”“司法 ”“守法”之类的语汇，便易在集体记忆中失却。失却的结果，使得人人做事无棱无角，规矩方圆游离不定，而企图不良者，倒有机可乘了。

中国人传统基本是这样被叙述的。

法律是种硬规矩。大致来说，清楚、可查，断是非一定是个好凭据。古人讲，它可定分止争。今人说，它可明权利、标义务。一句话，法律重要的功能在于创造纹路清晰的秩序制度。是是非非，必须断个小葱拌豆腐。如果是你的，一分不能少；如果是他的，半厘不能差。由此，法治意识凸现的意义不言自明——公民权利彰显了。至少，企图不良者，寸步难行。或者，往大了讲，法治可是眼下赶上现代化末班车的一个好帮手。

于是，打官司，而不是私了、忍着或者看风景忘掉一切，便形成了一种激励性质的意识形态话语涌动。

语境明晰之后，看看小额官司。

时下，小额官司已是见惯不怪。十来二十元钱的纠纷可进法院，一元钱的“别扭”也会进公堂，就是三角五角的芝麻丁点“不舒服”，也能讨个“法律说法”。法院从不拒绝，当然，似乎不会也不大应该拒绝。

此次进京清谈的小额官司，是一元钱的事情。一名可敬的当事者，喜欢法律，便在书店里买了一本《走向法庭》的书。说来有趣，这书与法有关，本应印得“毫不含糊”，质量上乘，可它硬是在中间少了几十页。买书者走后才发现瑕疵，于是便回到书店理论，要求换书。书店二话不说，同意换书。但是，买书者说，来时乘车花去五角，回去乘车还要五角，两钱相加，需要一元，这一元还应由书店支付。书店一听，犯愁，便以种种理由说明一元钱无法“奉还”。买书者再次理论，书店坚持。结果，在一元钱上是没有结果。

没过多久，买书者真是“走向法庭”，将书店推在被告席上。意思是：一元钱必须交出来。

官司的标的额数真小。

依着一般感觉，这钱不必那么认真。打官司本身就要钱，而且，费时费力，搅在火头上，还会伤了感情，得不偿失。可买书者相信，一元钱是自己的权益，权益就应保护、就应争取，那是他心中的“澳门”。换个词话来说，站在高处看，公民权利要张扬。这样，大约以两千元左右的成本，买书者讨回了一元钱的“公道”。法院说，一元钱，书店毫无疑问要掏出来。

二

通常来说，一些法律学者和经济学者，甚至一些外行百姓，就像刚提到的，首先会想到“官司成本”这一问题。这就是，别忘了官司要钱，费时费力。打官司，不该入不敷出。如果为买斤菜，却花上几十倍的钱租出租车奔远处去买，这是经济算数没学好，更是精神有些不正常。所以，用一元钱的成本来打两千元的官司，才划算。

当然，学者们的想法也许更为宏大。他们，不但会站在百姓的立场，拨拉当事人的小算盘，而且，会站在国家立场，拨拉社会的大算盘。大算盘意思是说，社会资源就那么多，一处用了，另处便少。像法院审案断狱，人力、物力、时间，都是一个数，用在一纠纷上，其他纠纷就会搁置一旁。况且，中国人的法院目下已是忙得不可开交，小额官司挤进去，法院还要拿出精力、时间，为此支出不小的社会成本，审别的大案要案，资源便更拮据了。这样引来的经济学“外部性”，非常糟糕。

制度经济学还说，要警惕交易过程中的成本。交易成本过大，会使交易本身失去意义。而交易成本放在法律自身，便是法律制度的运行成本。法律制度的设立，是为了价值对等的秩序安排。两个小孩子斗嘴，法律制度要过问，这时价值就不对等了。两个成人动刀子，或

者，一百万元说不清是谁的，这时法律制度过问，价值自然对等了，而且有收益。故而，运行成本加大，效益却是判明一元钱的胜负，制度也就不是节约资源的制度了。

“成本计算说”是对小额官司运作的批评。但是，它会遇到两个反批评。

先讲头一个。

前边已经交代，当下的语境是中国人大体缺乏权利意识，有些逆来顺受的习性，这使一些人好钻空子。在一元钱的案子里，书店里的人就有点钻空子的意思，因为，不太拿消费者当回事。此时，有人站出来，宣战一番，即便官司额数小得不能再小，其意义也是唤醒了万民的“维权”意识，从而，叫书店里的一类人收敛点。这效果，能用钱计算?

第二，纠纷本身的收益和损失，有时可不是钱能算清的。如果这一元钱不仅是个心中的“澳门”，而且，不收回来怒气难消，无法继续过活，那么，怎能说打官司的意义不大？对人来说，有时钱不重要，重要的是一股“气”。“气”顶在那儿，不出来，就是怎样都不成。社会还会因此乱套，产生更为激烈的冲突。对这，还另有事实拐弯辅证。在世界上大部分国家里，几乎所有法院都不拒绝小额官司，即使额数微不足道。兴许，法院记得这一问题，记得数额再小，如不过问，有时也会产生更大的头痛冲突。

不过，“成本计算说”可以有效地化解头一个反批评。

如果想张扬权利意识，大可不必拿小额官司来说事。找些大额官司才好。大额官司，在解决“不得了”的纠纷时，依然可以宣传权利到底是谁的，叫钻空子者难以造次。打些经济上划算的大额官司，在刺

激权利意识之时，不会带来负面的东西— —成本不对称。所以，真要改变中国人的传统意识，大额官司够了。

另一方面，用一元钱官司的方式，在实际生活中大体不会引来许多人的跟随。更多人，是喜欢在旁边看热闹，怂恿他人挺身而出，然后自己获得无形的利益。事实上，在一元钱官司冒出后，不少人便支持买书者挑战书店，可问到支持者自己是否愿意冲锋陷阵，回答大多则是：不会的。在这里，究竟是“维权”意识淡薄，还是“精打细算”扎根人心，还是暗藏其他要比“缺乏维权意识 ”更为糟糕的什么惰性文化，是不重要的问题。重要的，乃在于这个事实本身— —许多人喜欢“敲边鼓 ”。“囚徒困境 ”（ Prisoner 'sDilemma）的社会学经济学模型的说法，在生活中，可以不断找到原版。既然不少人喜好彼此算计，那么，用钱来计算“一元钱官司”的效果，自然是可以的。这对打官司的当事者本人来说，尤其如此。

至于后一个反批评，也即“出气”的问题，“成本计算说”恐怕对其就失语了。

三

必须承认，有人 “走向法庭 ”，是出于 “气 ”。 “气 ”顶在那里，不出不行。本来很有道理，可是遇到不讲理之人，私了又不成，郁闷得很，于是，只好叫法院说个对错。法院发话了，判决自己有理，这口气出得也就非常地道。对方不执行判决，法院还能强制，这更是扬眉吐气。它，有时绝对不是钱可以买来的。所以，对“成本计算说”的第二个反批评，不好对付。

但是，这又使我们返回想到中国人的和众息讼传统。

和众息讼有时是有理由的。

中国人在纠纷上喜欢和解、和稀泥，或者各打五十大板，这盖缘于社会中总有结构十分稳定的熟人社群。熟人之间，要么因为生于斯长于斯，要么因为利益一段时间之内联结在一起（比如合伙做个小买卖），要么因为其他别的什么缘由而彼此朝夕相处，这样，低头不见抬头见，成了生活常项。此常项提出一个问题：死揪眼前的是非好，还是想想将来的彼此关系好？如果因为讲清了是非，彼此之间的熟人情义断了，致使日后的合作泡汤，这恐怕就是顾此失彼了。死判硬断，有时会出现这样的因小失大。

自然，和解、和稀泥，或者各打五十大板，并不意味着全然不讲是非道理。只是讲道理的方式躲避“生硬”两字。是非对错有时要分清，分清之后怎样了断，可以掺入柔性。并且，如果是非实在不易分清，和稀泥就是方便而且最后的选择。不论怎样，解决纠纷的机制，应该瞄向未来。毕竟日后的合作才是打紧的。一元钱纠纷的“模糊”解决，如果增加了关系的和睦，大家更为笑脸相迎，何乐不为?

和众息讼还有另外的意思。这便是，在日常“博弈”交往中，磨合秩序规则。人人时而关心自己的得失，小算盘总要拨拉拨拉。如此，每次纠纷之后，人们便会总结经验，彼此暗中发出“交易规则需求”的信号，避免两败俱伤。于是，一种秩序也就慢慢出现了。今日书店不掏出一元钱补偿一下，明日，买书者就不会来了，其他买书者也会犹犹豫豫。书店的生意，可能因此冷清凋落。日子长了，书店自会晓得利害。当再出现一元钱的问题，其为了信誉，拿出钱来便不会含糊。多次重复，结果就是规矩立在交往之中了。

从这里看去，伤了和气，非要用判决的法子释放“气 ”，似乎在熟人的社群中，不易造成更好的局面。这点可能需要看到。

接下来，还有自我心理调节的问题。

活在世上，糟心的事情或大或小，总会一个接着一个。事事要求社会来消化，可能性不大。前天人家骂了一句，昨天人家碰了一下，今天人家踩了一下，明天人家可能顶一下……这些可能是不断的。社会没精力也没时间，个个处理。于是，偶尔自我消化就是免不了的。和稀泥，各打五十大板，是外人帮你消化，叫你让一步。自我消化就是自助，自让。概括起来讲，总有事是需要自让的。这对自己当然有个好处。不然，日子过得就会太辛苦，别人也会说你“不嫌累？！”。再者，在熟人社群中，自让也可能带来他让，“彼此往来”，和气生财。这个结局，也当是不错的。

一句话，一元钱的小纠纷，解决的方式是很多的，并非要死盯着对簿公堂。其他方式的解决，可能会换来更有意义的舒畅。

依此来讲，硬要以官司方式来释放“气”，有时并不一定可取。

到这里，可发现，“成本计算说”不能对付的批评，中国人传统中早已有了部分化解的方法。而且，这方法暗中接通了“成本计算说”的理路：在熟人社群中非要斗气花大钱打官司，钱财上入不敷出的同时，还会丢失彼此和气过活的前景。

四

提到“部分化解”，意味着另有问题需要继续纠缠。

小额纠纷，有时，不是出现在熟人社群之中，而是出现在陌生人之间。像一元钱官司中的买书者和书店，实际上，正是陌生人的关系。买书者住在陕西，书店开在北京。双方各自的面孔，对对方都是新鲜的。陌生人之间的关系顶有意思，“机会”两字，可插其间。他们彼此的交易，兴许是一锤子的买卖，日后永不重复。

如果是陌生人，大家的关系总处在流动之间，而且社会总体人数多而又多，那么，前边提到的“熟人关系更重未来”的道理，便要大打折扣。

一来，陌生人彼此既无过去关系的记忆，又无将来关系的期待，凡事类似过眼烟云。假设相信人人大体会有一类的利己动机，那么，便要基本断定，人人都会关注眼前交易的要害。他们一是一，二是二，过数看清，从不含糊。大家不会而且也不大可能惦记将来的“和睦关系”。就算骂脏话，撕破脸，一溜烟儿跑掉作数，仍无大碍。打这浮出的社际关系，交易没有反复性，从而，不会磨合出熟人之间的“行动中”的秩序规则。

二来，一锤子买卖势必引发“短期视界”。加之人多，一辈子撞上一回已是“幸运”的了。于是，做生意，打交道，便易产生“宰一刀”“骗一回”的行动策略。书店会设想，自己出错了，但不赔一元钱，这并不会导致其他买书者不再光顾。即便蒙上一回，也不大可能生意全都做不成了。换句话说，供需平衡不会因为“短视”甚至坑蒙拐骗的行动策略而被打破。到这里，对个人，已不是“行动中规则”是否可建立的问题，而是如何逃避陷阱。作为一个个人，擦过“陌生”关系，或许需要打起十二分的精神。

当然，从外在“高处”视角切入，社会管理人的角色，自然难免要积极、强硬，而且事先用文字规则制约陌生人的交易，不能放任；否则，社会交易在大面上，就会混沌无序。在此，官司的意义，应该淹没了和解、和稀泥，或者各打五十大板。

但是，无论怎样，此处并未留给“个人张扬权利”话语的辩理空间；因为，个人通过官司张扬权利，面对的仍是多数利己者，效果多大，还是疑问。个人即便豁出来，勇敢“现身说法”，众人还是静悄悄地喜欢“搭便车”。从这里，前述的“成本计算说”的反驳道理，从另一

方面，又可再次露脸了。起码它是提醒“现身说法”的个人：钱财不划算时，更要琢磨“现身说法”的效果。

其实，更为重要的，这里涉及国家管理角色和个人生活角色的分离定位。其中要害，需做简论。面对陌生人之间的“短期视界”、坑蒙拐骗甚至“搭便车”的行动策略，国家需要推出制度安排。国家的角色，决定其不得坐山观虎斗。国家的符号——官府，其滋养来源，大体出自纳税人的腰包。以“社会契约论”的根据而言，纳税的目的之一，正是希冀政府管理的回报。依此来看，国家设计制度，来疏导甚至抑制陌生人之间的行动策略，是“正当性”“合法性”的要求。不做，似乎不成。

对个人来讲，就另当别论了。个人，尤其是低层小民，其生计来源，大抵要靠自为。而且，他们的生活是片段、琐碎、日常的。他们没有国家式的责任，而且也无力去做一类“大工作”。由此，其角色定位便与国家分开了。自然，如果个人自己社会道德责任太强，非要演绎权利宣言式的示范作用（“现身说法”），也未尝不可。可也不必非究成本不对称的小额官司。用大额官司来说事，已经足够。前边提过这点。

角色定位的细节清楚了，就要回头再看“自我消化”的问题。

前边说了，活在世上，糟心事情会接续不断。其接续不断使自我消化，在熟人社群中有用。不仅如此，在陌生人关系中那也许更可派上用场。陌生而且人多，遭遇烦心事的概率便会高些。这里，有个正比例的关系。什么事都要较真儿，自然不会如愿以偿。所以，咽口“气”，可能也是顺当过活的一个方式。

当然，反过来，正因为陌生人的关系不存有将来的“和睦前景”“彼此共处”的问题，于是，出“气”，将“气”以官司的方式释放出来，

也就没有熟人社会中的顾虑了。“气”，其原因是很多的。可在出气之前，总要看看能否化解。这般化解，不是为了外人，而是为了自己。如果不能化解，算清成本之后再作理论，未尝不可。进而言之，到了节骨眼儿上，没辙，不出气就是过不去，自然需要掏出钱来，不惜血本，在官司上决一雌雄，大踏步地“走向法庭”，断清子丑寅卯。反之，则需另寻思路。

五

在陌生人的关系中，用官司出“气”，有时的确是个可理解的办法。但是，还要看到一个与此略微沾边的问题。这个问题，同样重要。

“气”，有时是单纯的“气”，比如被人踩了一脚，心里就是别扭，或者瞧见苍蝇满屋飞，硬是不舒服。这里没有直接显眼的“宏大”问题。有时却不同，它和一种意识形态话语有关。比如，为了本土气节，偏是不买舶来货品；为了男权自尊，决不向女性低头，而是“宁折不弯”……此处便有一目了然的“宏大”问题。在一元钱的官司里，就有“宏大”意识形态话语这一问题。买书者宣称，为了自己权利以及其他消费者的权利，为了“法”字照遍大地，必须向书店挑战，即使比例悬殊地花上许多钱，也要讨回象征“自己心中澳门”的一元钱。

意识形态话语的操纵，显现了。

问题的关键倒在于，当“气”和意识形态话语联系在一起时，在某些情形中，真正“气”的成分少了，直接的自身利益驱动少了。在一元钱的官司里，买书者的“气”并不多，直接的自身利益驱动也不多（否则便不会拿出许多钱来追一元钱）。如果真是为了“气”，为了自身利益，前面说过，这是可理解的。转过来，如果大部分动机裹挟于意识形态话语之中，倒需要仔细琢磨一下了。

其一，对具体的个人，意识形态话语有时并不一定带来好日子，它可能使生活变得失望。这有历史为证。解放初年，小民百姓本可一点一滴地过上自足的小日子，可一种“宏大叙事”的东西，将人们不知不觉地牵引进了“彼岸”轨道。一上轨道，便刹车不及。而时隔不久，小民百姓才发现生活似乎越来越困苦，自己的生活，远比想象来得糟糕。这是多年以后人们才反省的一个例子。其实，就算在一元钱官司里，买书者也是为一元钱，最后花去了两千元左右。这当然是损失了。在通常情况下，对买书者个人，两千元自然要比一元钱更能带来好日子。但是，一种意识形态话语，不知不觉地将这逆转了，将两千元“扔掉”了。

其二，意识形态话语在“放逐”一种利益的时候，有时暗中却输出了他者利益。这话语有时所以具有不可阻挡的显赫操纵力，正是因为，它与某些阶层集团的需求动力具有“同谋”关系。在一元钱官司的运行中，买书者请了律师，在法院所在地吃住了，实际上还不断地通过交通工具穿梭于路途之间，这其中就有了律师费、食宿费、交通费，等等。显然，一些阶层集团正在等待这些财富的进账。而意识形态话语的推波助澜，的确可以使财富从一处流向另一处。现在深层困惑问题不能回避了：在财富流动的背景中，对买书者个人，怎能说“官司权利”意识可以通过经济学的“外部性”，实现公平正义的伸张？意识形态话语，有时实际上在做另外一种不太光彩的事情。

当然，这世上，也会出现律师放弃代理费，餐馆免去饮食费，旅店放弃住宿费，汽车、火车甚至飞机放弃交通费，来张扬一种意识形态话语的景观。可是这等作为的前提，依然是这些阶层集团基本存活不成问题，而且效益有余。在大面上，它们不会让小的“得不偿失”破坏了自己的“整体前景”。生活，对它们，总是实在的。

话说到这里，可以想见，“成本计算说 ”、中国人传统中的自让和个人的社会角色定位（相对国家），无形中又可帮助买书者个人，去抵御意识形态话语的负面操纵。

六

最后再唠两下。

在大媒体的清谈节目之中，不少人赞扬买书者的小额官司行动，说精神可嘉。而我不以为然，泼了一点凉水，说这官司兴许没有必要去打。我总在设想，在推行现代性法律方案及话语的时候，“官司成本计算说 ”、中国人传统中的一些过活方式，以及个人社会角色定位的自我意识，对低层的小民个人究竟具有何种意义。兴许，对他们，法治的目的不单是“法治”，而是为了生活得更好。

“法学家”在近代 [29]

社会一方面愿意驱使人们不断专业化，另一方面又总是担心他们过于专业化。[30]

出于研究的需要，一段时期，我对近代法学以及法学人物的一些情况时有注意。日子多了，一个问题不时出现我的面前：对于近代一些人物，我们应当怎样前缀大名？我的意思是指，我们应当用什么“家”来称呼他们？问题似乎不是问题，只是，较真儿起来还真有点可说的。这对“法学家”一词来说，可能尤其如此。

先看例子。梁启超是个出名人物，说他是政治家、思想家、社会活动家，没有疑问，听起来顺耳，这是习惯。翻翻关于近代历史的书籍，既不能不提他，也不能不这样称呼他。此人当然了得，以现代学术分类来看，不论哲学、文学、政治学、史学，还是经济学、社会学、宗教学、伦理学等，都有涉猎，而且颇使现代学人心存嫉妒。说他是哲学家、文学家、史学家，甚至政治学家、社会学家等，虽说有点不大对劲，但也基本有些习惯了。然而，说他是法学家，便不免有些让人犯难。毕竟过去压根儿没人这么说过。对于我们研习法学的人，更多是将其和“变法维新”联系起来的，再多一步，则知除了上述某些哲学社会科学之外，由于有阵子时局吃紧，梁启超曾出走国外避难，其身上挂满政治活动分子的“形象logo”。

时代是会变的。历史人物在我们心中也会变的。

这两年见到一本书，名为《梁启超法学文集》，此书列入一个文库——《二十世纪中华法学文丛》，是由颇为正规的“政法大学”出版

的[31]。盯住看看，便知道梁启超该是“法学家”了。的确，编者说应当记住“作为法学家”的梁启超。[32]再将《文集》翻翻，仔细读来，觉得其中文字颇有“现代法学家手笔”的意思。说个细节。梁对“法”字之语源，很有考究，称“法”字可源参《说文解字》，与“刑”有关，“平之如水，从水”，而且与“律”“典”“则”“式”“范”等意有关，梁并给出了精巧的解说注疏。[33]可以指出，后来中国法学著述（一般著作文章特别是教科书）只要提到“法”字的意思，叙述解讲，与“梁说”十分相仿，干脆就是“梁说”的翻版。

以为梁启超只是个案，所以又去翻阅另外资料。发现，类似者仍有。张君劢、胡汉民等即是。张君劢的法学文章写得漂亮，很是专业，尤其长于宪法之类，故近来已有学人拿其法学理论说事。胡汉民在高举三民主义的时候，也是细说法律肌理，亦有行道，当年其学说受到批判之际，是被当作法学业内人士来对待的。还看到方孝岳，其写有《近代法律思想之进化》，载《东方杂志》1921年十六卷十八期。文章写得不泛，梳理精细，近代法学重点都有渐次的评说。另外方孝岳编译了《大陆近代法律思想小史》，分为上下两册，1921年和1923年分别初版，没过几年又再版三次，很是畅销。此书源自英文The Progress of Continental Law in the Nineteenth Century[34]。英文原著作序者有三位：威格摩尔（John Wigmore）、波洛克（Frederick Pollock）和鲍查德（Edwin Borchard）。他们是清一色的法律学者。英文原著部分译自法文。法文作者和英文译者也是正宗的法律学者，像（法文作者）狄骥（Leon Duguit）、沙尔蒙（Joseph Charmont），还有（英文译者）雷杰斯特（Layton Register）和布伦肯（Ernest Bruncken）。通过中文译著，可以看到细节的法律制度和法律思想，看到讲究技术性的法学，当然又不乏宏观的社会背景交代。不过，现在都说方孝岳是文史学家，网上以其名作关键词查询，莫不如此。

如果梁启超可称“法学家”，那么有何理由说张、胡、方等不是？后来继续翻阅资料，包括其他学科的相关资料，发现一个现象。要是文学专业人士提到梁启超，除了“思想家”外，一般首先说他是文学家，要是政治学专业人士则首先称梁启超为政治学家，依此顺之……换句话说，各专业人士基本首先以自己专业确定梁启超的“……家”冠名。说起张君劢、胡汉民、方孝岳，基本也是这样。看来，法学专业人士说梁启超是“法学家”，进而说张君劢、胡汉民、方孝岳是，自然没有什么特别奇怪的。专业视角总会而且必须发挥作用。行业队伍的发展壮大，是靠业内分子的“……家”命名运动来实现的。

另一方面，清末民初，百科全书式学问盛行，梁启超已经开了先例，后来者则频频跟进。这是当代人已经承认的。学问做到一个份上，自然可以在各个领域内“通吃”，哪有学问之理互不相通的？的确，以法学来说，其学术运作，基本上是在法律之上寻理推论，其特别之处只是“围绕法律来转”。其他学问也是这样。政治学不就是围绕政治来转？经济学不就是围绕经济来转？管理学不就是围绕管理来转……既然除了特别之处，皆为寻理推论之事，那么以康德主义来论，推理能力是“先验”的，于是，稍有训练熟悉，自然可以无所不通，剩下需要打理的事情就是确定所谓专业的基点：比如法律、政治、经济、管理……从近代相当一些中国学者的学术实践考察，他们是相信这点的，否则，他们不会那么“百科全书”。如此，就给当代人发挥专业视角，要么冠名这“家”那“家”，要么冠名“法学家”，提供了左右自由的历史平台。

但是，这些不是最关键的。最为关键的是，近代是个内外交融、地覆天翻的时代，因为社会问题杂多，故而主义标榜辈出，知识分子透露了特别的“公共化”。当 1926年北京出现悬挂外国国旗事件的时候，还有 1930年代初期的牛兰事件以及后来更为明显的沈崇事件，当

然还有其他形形色色的种种争执，各类知识分子只要有工夫，情绪稍有调动，无一不站出说上几句。

社会问题的纠葛，时常和法律有着联系。说到根子上，许久以来，由于作为制度的法律总是在场的，如果要解决纠葛甚至纠纷，则必须在法律上思考一番，人们并且经此可以拿出一个观点。就像今天一样，当出现了孙志刚案、刘涌案、消费纠纷案，甚至一般笔墨官司，还有争执一项教育收费是否合理……的时候，只要相关法律条文拿到桌面上，一般知识分子可以读到，并有兴趣，挑起神经，那么，提出个法律分析不说特别容易，也是并不怎么困难的。在此，知识分子的特别公共化，是和法律问题本身的时常公共化有着密切联系。法律的技术一面，只是表象，通常是个"查阅资料 "的工作，也就是查阅有关的规定。一般来说，条文不至于让一般人读不懂。于是，读到了条文也就等于"查阅到了资料 "。剩下的事情就是"持之有据"的论理。所以，在法律问题公共化之上实现知识分子的言说公共化，并不存在特别的专业障碍。而说多了，说得到位，并且常有法学行话的外表包装，论理也就有"法学家 "的味道了。

在这个意义上，法学，以及由此而来的"法学家 "，尽管和社会分工及"学历出身"有着联系，然而，就最为关键的方面而言，实在是个社会实践的问题，倒不一定是个纯粹的"名实"或者"名分"问题。"名"是可以说的、打扮的。在近代，这可能尤为如此。故而梁启超，还有张君劢、胡汉民、方孝岳，以及其他近代人物，如果可以当作"法学家 "，则用马克思主义的意思讲，他们是社会实践的产物。

民国法学家的“一种生活”和其法学[35]

即使具有歌德那种层次的人格，如果仅就他的艺术而言，如果他任性地想把自己的“生活”也变成一件艺术品，后果会不堪设想。[36]

一日，翻读林语堂之女林太乙撰写的《林语堂传》，看到这样的文字：

民国二十四年……英文 T ’ien Hsia Monthly《天下月刊》在上海创办。这份杂志由温源宁主编，语堂、吴经熊、全增嘏、姚莘农（克）等任编辑……那时的男人，有的从不带太太出来应酬，有的是带的。吴经熊不带太太出来，温源宁是带的。语堂也是带的。[37]

其中提到的吴经熊，用常用术语来说，是位“法学家”。今天法律学人颇为乐意讨论吴氏，以其为民国法学的骄傲，更有甚者认为他是“大师”，宣称，无论当时还是眼下的法学操作者几乎没有可以与之比肩的。关于其学问的文章，好像一批接着一批，不曾歇息，还有攀升之势。

吴经熊的法学学问究竟如何，深说起来，不好下个结论。就像其他学科一样，说一个人的学问如何，可能见仁见智，尤其是以时下的学术标准看去，当时的学问水平问题，实难说个一二。毕竟，学术标准本身都是变化的，此一时彼一时，有着“时代”标志。

本文只想略谈一下吴经熊的“生活”与其“法学”的某种关系。前面传记中提到，吴氏是不带太太出来参加社交活动的。这是一种“生活”的点滴象征。“生活”中的方式，可能与其“法学”有点联系。谈联

系，是在做一个有趣的话题。因为，我们现在已经认为，讨论思想观念，是要在语境中展开的，而语境不仅需从社会大方面来说，而且需从社会微观小方面来说。微观小方面就复杂了，包括诸如“不带太太出来应酬”等。这不是小题大做，猎奇作炒，而是更为精致的“经验实证”的学术作业，也称学术时尚。

当然，这里提到的“生活 ”，主要是指有点粉色意思的情感生活。

一

吴经熊写过一本书，叫作《超越东西方[38]》，里面，谈到了自己的思想变化，还有感情变化，十分坦白，一切都在明处，很是难得。就感情言，其中先说了他的太太。他与太太成婚，是父母做主。一次聚会，亲家的老爷子看中了还是少年的吴经熊，认为是未来的绝佳女婿，于是，和吴家老爷子商量，希望两家联姻。吴家认为门当户对，很快拍板。但是，吴经熊当时只是个少年，对女性仅有好奇，根本就不知道“妻子意味着什么 ”。他太太就更迟钝了，认为 “丈夫的意思是指吹牛 ”。[39]可想而知，这样两个人在一起除了生孩子还会怎样。的确，两人婚后生了十三个孩子，吴氏只是颇有感触地说：“妻子成了我的好妈妈。”[40]

莎士比亚（William Shakespeare）在《威尼斯商人》（The Merchant of Venice）里借拿利萨（Nerissa）之口说过一段话：

有句老话真不骗人（The ancient saying is no heresy）：

“杀头和娶妻都靠命运”（Ha nging and wifing goes by destiny）。[41]

吴经熊在自己的书（《超越东西方》）里提到了这段话，他的翻译是：

古话说得没错（The ancient saying is no heresy），上绞刑和娶亲都是命定（Hanging and wifing goes by destiny）。

而且吴经熊紧跟着提到自己的“娶亲”。[42]

在此，根据吴经熊的翻译，“命定”是一回事，将“上绞刑 ”和“娶亲”两个表述并列起来在叙事策略上是另外一回事。并列，也就提示了若干隐喻，至少可能引发读者阅读联想，比如，联想是否前者有如后者，或者，后者有如前者。对吴经熊来说，这个婚姻虽然必须维持、维护，因为“娶亲，却完全确信凭的是天意。也真有一句中国谚语说，‘姻缘五百年前定 ’，这是我从小就熟悉的”；[43] 此外，因为太太是个好太太，除了大字不识、没有情调之外，挑不出一个不是，然而，这个婚姻终究是一个走向窒息活力的婚姻。所以，阅读并列在一起的“上绞刑”和“娶亲”两个表述的结果，对一般读者来说，如果再想吴氏娶亲，可能就会联想吴氏“娶亲”有如“上绞刑 ”。其实，对吴氏本人来说，“娶亲”在冥冥之中压抑着他的另外一面— —激情。如果再提前面说到的“不带太太外出应酬 ”，那么，“娶亲”表述的隐意本身，在这里，已经指向了“不带”的部分缘由。

略说“上绞刑”。

用今天人们熟悉的法律分类来讲，“绞刑”是刑罚的一部分，归属刑法。大多认为，刑法中规中矩，一丝不苟，关于其学问也即“刑法学”也来不得半点飘逸发挥。如果吴经熊恪守这段婚姻，从一而终，将“命定”进行到底，认了，那么，其可能就是一个经院式的步步爬格的颇为类似刑法学家的法学家。大体上看，刑法学家是规矩的，不那么潇洒恣意，在学问上，一则摆一，二则摆二，像推导数学命题一般来论诸如“绞刑”之类的问题，不作想象；就其生活而言，也多是稳稳当当，不出轨外，拒绝浪漫。这意味着，其学问和生活两方面是相互

对应的。当然，这仅仅是大体上看。概括来说，“上绞刑”在这里暗喻了规规矩矩的“法学”和“生活”的相互勾连的谱系。

自然，吴经熊走的是另类的道路。换言之，有趣的是，吴氏尽管听凭天意，维护婚姻，但是打结婚那天开始而且在以后读了上述莎士比亚的文字就说道：“我对绞刑一无所知[44]。”他似乎在说，自己不能而且也不可能一棵树上吊死。不仅在“生活”上，并且在“法学”上，为什么要中规中矩？刑法学是法学，可刑法学之外没有“可以浮想联翩”的其他法学了？

二

关于初学法律，吴经熊曾经回忆：

正当我考虑人生前程时，我的一个同学，徐志摩跑来告诉我他决定了去天津北洋大学学法律。他问我想不想跟他一起去，我一听到“法律”，心就跳了起来。在我看来，法律是社会的科学，正如科学是自然的法律。“好主意！”我说。因此，我们决定参加在上海举行的入学考试，两个人通过。其时为1916年冬天。该年四月我已结婚[45]。

徐志摩，是过于浪漫的诗人，总在打破既存规矩。说起来，学习法律的人，尤其是年青时投身法学作业的人，应该是挺规矩的，法律是“科学”，非常严谨，不能“跳跃”。但是，事实上，学完法律后成为十分浪漫的作家诗人的大有人在。就外国说，起码可以提起作家卡夫卡（Franz Kafka）；就中国说，起码可以提起现代诗人海子。徐志摩本人更是如此。看来不是法学的正统教育可以规训人的心灵；其实，无法规训，人的心灵，是有自己种子的，是有自己路线的。尤其当个人“生活”依然故我，继续开放，拥抱浪漫，那么，法学规训则更是另外意义的相反催促剂。

对吴经熊来说，虽已婚娶，但徐志摩依然是一个意喻。两人成为好友，说明两人心思颇有相通之处。吴经熊也喜欢文学性的文字，也像徐志摩一样对诗着迷，写诗，译诗，而后在自己其他文字中大段地引用诗，以至后人也有提到吴经熊是诗人或者文学家。两人在年青时，都是这样，充满想象，只是徐志摩后来更为奔放彻底地走向了诗，吴经熊则在法学中印入了诗的痕迹。

值得注意的是，两位好朋友，在家庭婚姻上，就像"纯粹的诗"和"法学的诗"的分类一样，前者徐志摩，不断地革命，使婚姻情感纯粹地浪漫；后者吴经熊，则是在维护家庭婚姻的前提下，不断地"在外飘动彩旗"，使婚姻情感"法学地"浪漫。提到"法学地"浪漫，是因为，法律的作用即在维护现存的秩序。就个人言，维护家庭婚姻就是遵从了现存法律的品性。法学联系着法律，而法学又要根基性的规矩，就如总需 N个中心、N个基本点。

现在来看吴经熊的早期法学。

1920年，二十出头的吴经熊在东吴大学法学院毕业后即来到美国法学院。一年，便拿下美国的 J.D.（法律博士）。当年在美，吴氏最崇拜的就是霍姆斯（Oliver Wendell Holmes）。霍姆斯是美国历史上颇为出名的联邦最高法院大法官，思想怪异，凡事总和他人唱反调，任何一个判决，都要说说自己的不同看法。他有两句名言，为后人不断挂在嘴边，一是"法律的生命不在逻辑，而在经验[46]"，二是"看法律要从坏人的角度看"[47]。其中学问有点深奥。但有一点很清楚，法律不是数学般的逻辑，而是缓慢发展的，经由经验积累，自然伸缩。至于"坏人"一说，是讲以坏人心态去理解法律，才是比较准确的；因为，坏人总是预测结果，并不老实地遵守法律文字，而世上没有多少人是老实遵守法律文字的。这些名言，颇为切中要害，只是比较"浪漫"。

吴经熊崇拜霍姆斯，缘于当时美国法学院的教授都在谈论霍姆斯（当然还缘于自己浪漫的心灵种子）。吴经熊自己承认，那时十分虚荣，心念功名。正因如此，吴经熊又和霍姆斯不断联系，最后两人居然结成忘年交，书信一箩，后在《天下月刊》上，吴经熊将其大力刊出，告知世人[48]。

就在这段时间，吴经熊没有和太太联系。

1922年，吴经熊来到德国，从当时执德国法学牛耳的施塔姆勒（Rudolf Stammler）研习法学。施塔姆勒和霍姆斯极为不同，讲究逻辑，崇拜数学，将法律视为丝丝入扣的一个结构，颇有“刑法学家”的意思，绝无“浪漫”张扬。也是因为施塔姆勒太权威了，吴经熊对其照样崇拜有加。

没过多久，吴经熊回国了。回国的第一件事是见太太，同时回忆施塔姆勒。

在法学上，这时的吴经熊的最大愿望是将霍姆斯和施塔姆勒的思想融合起来，写了一些论文，无一不是试图搓糅霍姆斯和施塔姆勒的想法。其中所表达的思想，既求洒脱的思想，也求严谨的构建。这一阶段，婚姻的影子，应当说伴随着他的游学和归来，伴随着他的法学思考。而婚姻既是“命定”，也是需要冲破的樊篱。

三

前面提过婚姻上的“法学的诗”。其实，从法学看，即使法学再有诗的痕迹，其依然是法的学问，根子上是不能诗化的，有如上述“需坚持 N个中心或基本点”，否则就像徐志摩一样不仅彻底地丢弃了法律，而且不留任何法律痕迹。所以，在婚姻上，吴经熊是一定要“见太太”的；在法学上，吴经熊就更不能效仿徐志摩。

然而，引发变化（不是根子上的变化）总是可以的。

回国后的吴经熊，虽说“见太太”，但因为“海龟”吃香（那时就像现在一样很是拿回国人员当回事），春风得意，不仅当教授，而且当法官，甚至当大律师，名誉和钱财就像发大水一样不可抵挡[49]。吴经熊说：因为鲜花簇拥，“我已经变成了一个不折不扣的花花公子。有两年半的时间，我每晚都要出去应酬”[50]。

针对太太，吴经熊提到：

我后悔娶了这么一个大字不识的老婆，她在我的理智、社会和政治活动上都帮不了我… …有那么一两次，我达到了提出离婚的地步，这样好找一个有教养的妻子，像许多人做过的那样。但只要她一答应，我就心软了。因为良心告诉我这么做是错误的[51]。

家里的“红旗”尽管倒下去了，但是还要尽力使其好像“还在”。

怎么办?

另外去“花楼”（《超越东西方》用词）。“花楼”是吴经熊晚餐应酬之后的“第二场”。不仅出入“花楼”，而且吴经熊后来认识了一个上海女孩，喜欢死了，执意要纳为妾。那女孩也是相见恨晚，非吴经熊不嫁。但太太反对，意思是“有她没我，有我没她”。最后还是家庭婚姻占了上风，上海女孩只是持续浪漫生活的一个配角。这种生活一过就是多年。

小四十的吴经熊，在这段时期的法学操作中，增加了“诗”的成分，更为相信法律是社会化、经验化、历史化的事业，和数学般的逻辑既有联系然而更存有距离。在一篇文章中，吴经熊提到美国威格摩尔的看法并表赞同：“法学家同时也须研究哲学，社会学，经济学—

—什么不应学呢？”[52]在一个法学文集序中，他干脆最后写下几句古希腊旧诗以兹同勉：

彼覆舟葬斯岸之船夫兮，

泥君兮放帆行；

当吾侪甘作前驱之牺牲兮，

其长风兮扬美艇，

……[53]

法学写作到了这个份上，已经不单是搓糅哪家学说和哪家学说的问题了，也不单是结合“经验”和“逻辑”的问题了，思绪的开放，是多方向的，想象占有了更大的成分。这应该说是“一种生活”恣肆的延续。此时的“生活”，也是瞄着多方向的，不仅瞄着家庭婚姻，而且瞅着“花楼”，还有什么什么女孩……

四

吴氏的“一种生活”和其法学的联系是看得见的。“生活”来自欲望释放的本能和企图，在释放的过程中，如果全无障碍，如鱼得水，那么，法律就在一边了，法学同样变成更显无拘无束的其他学问了，比如文学、诗学。吴氏终究是法学家，因为，他没有完全释放，或说释放过程遇到了一些障碍，这障碍有时又是内心的，也即他说的“良心”和“命定”。于是，思想中就总是产生了法学所需要的“边界”。然而，随着“生活”逐渐进入浪漫，并且事实上吴经熊的“生活”也的确逐步显得放浪形骸，即使守住了具有法学象征意义的家庭婚姻，这人也要在法学中开辟新的带有诗化色彩的思绪空间。

当然，没人否认，“生活”和法学的联系不是必然的。有的“生活”放肆到了发指，然其法学却有如铁板。有的“生活”规矩到了极点，然其法学却有如云飘。但是，这依然可能是个别的。“生活”和法学作业都来自心灵，当心灵是一个或一种时，心灵通常不会只在一个方面作如是状，比如，在感情婚姻上就是一个死心塌地，而在作诗上或其他思想活动上则不是海阔天空，它总要在各个方面表达得比较一致。说得更具体，比如，如果打算不断冲破，那就在各个方面不断冲破，遇到阻碍，则是客观问题，或有时是“良心”或“命定”之类的内心问题。依此看，有人“生活”放肆而法学颇为缩手缩脚，那也多半可能是客观条件不太照顾，或说是个“贼心贼胆”的问题，当然，还有虔诚的心灵问题。这么理解，就可认为“生活”和法学的联系是个有意思的话题了。

深说一步，从社会群体看，如果“生活”太过放肆，那么法学最终可能自我瓦解。因为，人人“生活”太过放肆之日，就是法律制度崩溃之时，法律制度崩溃，法学也就失去了存在的意义，没有人还会认为法学有用。如此，“生活”和法学既是平行的，又是前者指使后者的。

最后说两件事。

头件事是徐志摩早年在德国和张君劢之妹张幼仪离婚时，证明人有两个，一是金岳霖，二是吴经熊。金岳霖终身未娶，只想一女（大家都知，林徽因），成逻辑大家，类似前面提到的“刑法学家 ”；吴经熊则如上所说，成飘逸的法学大家。后一件事是吴经熊四十一过没几年，皈依基督教，十分虔诚，抛弃了以往的一切。对吴经熊，“一种生活”不在了，法学也不在了，自然也没有“带不带太太外出应酬”的问题了[54]。

村学乡学——一种乡村制度的话语构建[55]

……现在趁这老根还没有完全朽烂的时候，必须赶快想法子从根子上救活他；树根活了，然后再从根上生出新嫩芽来，慢慢地再加以培养扶植，才能再长成一棵大树。等到这棵大树长成了，你若问："这是棵新树吗？"我将答曰："是的！这是棵新树，但它是从原来的老树根上生长出来的，仍和老树为同根，不是另外一棵树。"[56]

民国时期，梁漱溟曾为山东邹平县的乡下人做了两次演讲。之后，有人将其合成了《乡村建设大意》。演讲到最后，梁漱溟提到一类乡村组织——村学乡学，并以为，它是乡村制度建设的"清醒"进路。这组织，比较有意思。套用梁漱溟自己的隐喻来说，它可讲"是棵新树，但它是从原来的老树根上生长出来的，仍和老树为同根，不是另外一棵树"[57]。

当年演讲的历史语境，和眼下有些近似，一来中西制度话语相互浸溶而又相互抵制，二来都见有"自治制度"在乡村的发育涌动。这样，解读"村学乡学"，也就不免有了一点意义。

一

中国太大，而且主要是"积乡而成"[58]。广袤且主要是乡村，便使沾染不少城市色彩（民国时期）的国家法律制度运作起来不太灵便，或说鞭长莫及，直至形同虚设。国家法律用文字写了出来，自然需要人力传送下去，执行下去，并且，需要一种大背景的文化意识形态作为潜层支撑。可是那个时期的民国，正像许多人认识到的，在传

统经济的产出能力上捉襟见肘，无法提供足够的人力所需的钱财支持。在文化意识形态上，也是非常叫人头痛犯愁：乡民村民在灰色的幕后一方面拨拉着小算盘，另一方面，抱守着人情礼治的陈年老套。于是，政府到底像不少朝代皇权所做的，推出了“地方自治”策略：留出相当政治空间交由地方自己管理。

“地方自治”，在乡村就是乡村自治。

乡村自治的基本路数，是今人熟悉的。毕竟眼下“村民自治 ”的运动也有一段时间了。

自治的头条，兴许是多数议决。大凡村事乡事，大家要开会表决，之后，立下文字规矩。无论怎样，不能一人说了算。否则，可说是“政治侵权 ”——侵犯了村民乡民的自治权利。二是对领路人有个制约。领路人，比如村长乡长，出了毛病，村民乡民不喜欢他了就可以罢免废掉。这是外部制约。另有内部制约。像乡里有乡公所、监委会（在民国时期）一类的组织角色，它们相互看守，注意彼此一言一行。而监委会，还注意乡长的一举一动，发现腐败苗头，立刻揭发公布于众。三是，村社头头可以将犯法的村民乡民抓起来。只要有人不把国家法律当回事，或者，硬顶县区的命令规章，视自治公约及公众决议如儿戏，头头就可以按住扭送，交由官办。再下来第四，还有一个纠纷调解委员会。调解委员会几乎是我们今天基层最熟悉的了。这委员会的用意，是想在村民乡民打官司之前，便将纠纷的势头压下去。委员会有个机构，还规定了一些手续，虽讲不提“判决”两字，但要分清是非，按部就班地劝说各方各让一步。

说来，这些基本路数，都和法治或法律的意思有些相合。其实，至少就头两项来说，那可是一类在西方国家并不少见的政治设计。如此，在中国的各个乡村，人们似乎就看到了星罗棋布的小型“准法治国”的影子。民国政府，有这个意思。

梁漱溟不以为然。

他说，乡村自治的路向不错，只是路数不对。大一统的国家法律秩序肯定会是费力不讨好。可是，这不意味着，小而全的“准法治国”，可以散布开来。散布开来的结果就是破坏了中国文化的老根——乡村。几十年来，“先从沿江沿海通都大邑破坏起，才渐渐地延及到内地乡村……先从叶梢焦枯起，才渐渐地焦枯到身干老根”[59]。因为，那路数，终究是西化的“缩小”输入，它自然会断送中国人的老道理。而老道理又是国人过活的根本。拆开来讲，老道理正是一套套犹如陈年老酒一般的依然有效的规矩、制度和道理。[60]

“我们相信，中国的老道理是站得住的。从粗处看自然是有许多要改变的地方，但根本深处细处是变不得的。”[61]

二

为什么变不得?

两方面说。一是我们村民乡民的习性情感。二是自然而然的理由。

梁漱溟以为，就拿多数议决来讲，它就和我们古往今来的尚贤尊师的风气不合。[62]贤人师长，总是明理知故，经验丰富。多数议决，自然会无形地抹杀那类“地方性”的智慧。之外，这多数议决还会助长个人权利意识的膨胀。权利想得多了，人们就爱分争。可内忧外患的“此刻中国所最需要者为结团体”[63]。权利意识，还有更大的毛病，这便是，你讲人人自有自由权，那么，许多陋习就割除不掉。比如妇女缠足，一定是个陋习，但鼓吹个人自由权，缠足妇女就会当面对你说：“脚长在我腿上，怎么折腾是我自己的事，没碍着他人。所以，关你什么？！”这话显然会着实令人里外不适。

再拿乡民有权罢免乡长来说，有人可以当上乡长，自是因为原本就有体面，乡民村民个个信他服他。但是，来个内部及外部制约，在他出些毛病的时候，由监委会一捅戳穿，再由乡民一撸到底，摘掉乡长之冠，太叫人难堪了。乡下人讲情义，讲面子，那样一种方式让乡长无法活下去，而且，叫乡民村民越来越减少温情，大家之间的向心力，随之飘散。[64]还有，不留情义面子，乡长就不会时常扪心自问、良心发现，唯恐做出对不住乡民的事情，倒会暗自嘀咕："管他那么多！反正稍有不是，没人同情。倒不如聪明地能捞就捞！"

反过来，乡长对乡民说拿办就拿办，也是太无情义。乡长与乡民，都是生于斯长于斯，低头不见抬头见。乡长有体面，有分量，这体面分量可以帮助乡民弃恶从善。非要扭送官办，也就没有了师长的温情尊严以及号召力。"本来一乡一村即等于一家，一家之中彼此应当有情有义，乡党邻里之间也是一样，不能用强硬的法律解决的办法；一用法律则有伤情义了。中国人尤其是乡下人情义特别重，对这种有伤情义的办法如何能受得了？"[65]

调解委员会也有问题。这调解，要手续，要程序。所以，它"与法庭仍是一气，不啻为法庭的下一级；但中国乡村的事却断不能用法律解决的办法，必须准情夺理，以情义为主，方能和众息争；若强用法律解决，则不但不能够调解纠纷，反更让纠纷易起"[66]。村里乡里通常不见人口的迁移，终老是一块土地，打这更多出现了熟人社会。熟人之间，恰是需要看到纠纷之后怎样继续相处，而不是非要究个是非上的你对我错。和谐的生活，是要连续下去的，即便对错含糊不清。

说到习性情感和自然而然的理由，更为重要的是后者。

在梁漱溟的眼中，恰是缘于后者，那个时期的西洋风气也在转变着，不纯是清一色的"法治自治"。

梁漱溟断定，诸如多数议决的规矩，在西洋也是打中世纪以后才浮出的。启蒙理性的催发，使洋人倍感“自我”的第一性。这类第一性，也使个人理直气壮地参与社群事务。可个人有权发言，便容易因意见不同而争论。相持不决，又使事情没办法行进。于是，洋人琢磨，“要想大家不致老是争论不已，不得决定，那就得多数表决。多数表决了，大家一致遵行，便可以省却了多少争论麻烦，这实在是一个最省事的办法”[67]。但是，人们需要知道另一面的道理：“多数表决固然是省事，而多数所表决的不一定就算是对。”[68]故而转来转去，洋人还是明白了多数议决的双刃性。最后，他（她）们依然给“知识科层”留出一块权力的地盘，由其定夺作数。[69]

“在这里我们就可以找到一个中西的沟通调和点了……尊师，尊尚贤智，实在是人类社会中的一个必要。”[70]

如此讲来，中国老道理的深处细处，不应变。

三

当年的“地方自治”，不足夸耀。像惯常流传所说的，新鲜的西洋人规矩，不仅没有给中国乡村带来生气，反而使原有的礼制田园秩序崩溃了，村民乡民不知所措。它毁掉了中国文化的老根，那老根又在于中国的老道理。老道理有自然而然的一面。就连西洋人，也是回过味儿来了。梁漱溟抓住了此处要害。

接下去怎么办？老道理深处细处变不得，但是，有些浅处粗处还是要变。

这样，一种新的乡村制度——村学乡学，凸现了。

村学乡学是个组织。里面有学众、学长、学董和教员。学众，当是村中乡中男女老少一切人。学长，品德高尚，操守数一数二，可以

替代原有监委会的位置。学董则是八面玲珑，办事麻利，大体是个村长乡长的意思。教员，专门跑腿，将外边的知识传送到村里乡里，并将本村乡的难题递交到有学问的人手中。

这“村学乡学”语汇中的“学”字，很重要的。它嫁接于老根，又是老根里挤出的嫩芽。“学”字表征着“向上求进步”，同时，表征大家“为了一个共同的目标，有秩序地向前走[71]”。其细致意思有三。头一个，大字不识的人，要向满腹经纶的人请教。第二，请教不意味着凡事“自上而下”，有时要相互取经，甚至相互妥协。三是，出了问题，对谁都要诲人不倦。联系起来概括，则是“交往对话中的说教”。

梁漱溟自然不绝对反对自治。在他那里，自治只是应该有些折扣。因为，凡事彻底自治，就没了向上求进步的大方向。乡下人有时要妇女缠足，要男孩十来岁娶妻，自己时有吸毒、赌博、懒脏，等等。完全自治，这些东西不知何年何月才能丢弃。[72]倒过来，完全他治，说不定有人以势压人，谋取私利。所以，要将“学”的细致意思引进来。

若从精英文化和大众文化对比的角度看去，另外要说：

……问题的解决，固然要靠有学问有眼光有新知识方法的人；可是我们要知道新的知识新的方法，不经过一番切磋陶炼是没有用的。虽然乡下人头脑简单，没有办法，自己解决不了自己的问题；而单有我们的新知识方法，也同样的不能解决问题。我们所有的新知识新方法都从外边学来的，拿到乡村去很多用不上。所以必须两相磋商研究，如此得来的知识方法，才真有用，才真能解决问题[73]。

这是基本路向和基本路数的辩证关系。

于是，村里乡里要议事，和气商量着办。一方面，尊重多数，舍己从人；另一方面，顾全少数，彼此迁就。脑筋转动不快的人，要听听灵气十足的人的言语。可前者终究惦记自己的利益，因而，后者反之不能以“先知”的神气偷运自己的私利。少数也有可理解的利益，将其撇在一旁，少数终究不会甘服。两相对照，都要顾及。如果实在无法以“说通”解决，便应像讨价还价一般，各自谦让。“死板的定下服从少数固然说不通；死板的定下服从多数亦不合适。”[74]

学董犯毛病了，学众犯事了，要婆心苦口。现在有学长，可以撇开内部外部的硬性制约和自上而下的无情“放逐”。学长站在一边，时时提醒村乡头头，常常“敲打”底下小民。对头头，“看他有骄横之处就背地忠告他；看他有阴私之处就赶紧规戒他。……众人要说的话，先都由学长代为说到，自不致激出众人的话来。如果有人反对他，要设法替他解释”[75]。“总不要众人与他发生正面冲突。到必不可调停之时，即劝……辞职，或速谒县长报告，以便撤换”[76]。对群众，“应本爱惜他之心而训饬他，或背地里规劝他，不令人知，以给他留面子。不要等他小恶养成大恶”[77]。

调解委员会的角色，也退让给学长。村里乡里难免蹦出纠纷不和。要紧的是，学长准情夺理，不死抠法律或者其他规矩的白纸黑字。因为，“这才是乡村和众息争之道”[78]。

至于学长为何不兼事学董，因为，要使“他站在超然地位，自己不致与人争执，自己与人没有不和，好来调和众人”[79]。

当然，学长的操守和明理是相对的。学长的自我培养，也是日积月累。“不够十成，就是八九成，甚而至于五成也行。现在没有，将来村学的风气开了，慢慢地就会有啦！……人的好或不好都是活动的，不是死定的，今天他不成，明天也许就成啦！士别三日，便当刮目相待呀！”[80]

……

四

民国的历史语境，使人深感西来强势文化的挤压。中国人与西方人过了招儿，因为抵挡不住，遂羡慕其文明，试图改变自己以学他。废科举，兴学堂，练新军，建船厂，修铁路，念洋书，穿洋服，说洋文，等等，处处试图“师夷治夷”。舶来的制度话语随之日渐昌盛。

然而，村学乡学的叙说，在三个深度层面上彰显了另一话语理路。

第一，制度是需要老根子的。老根子本身又是语境化的。西方人的一些制度由其本土培育、滋生、扩张，和那里的风土人情相互包容。单说那个时期的英国，七成人口在城市，三成人口在乡村。中国则是与这全然不同，几乎八成人口在乡村。英国以城为本，中国以乡为本，这是明眼可以发现的。城里人流动往返，“躁动不安”，乡村人倒是安详、宁静。在前者里面自然少有后者的发自内心的尊贤、深重情义。这样，城市的自治制度照单全部搬到乡村，便要生出问题。社会人类学有时正是这么说的。

老根子有历史。历史生成一段，自然有个道理放在那。制度变迁由此也并非是直线向前的。从这往大了说，不论在何处，“现代性的方案”有时不仅一厢情愿，而且简直误事，酿成糟心的破坏损失。在老根子的浅处粗处嫁接新文化的嫩芽，才是有益新陈代谢，焕发青春。

第二，道理藏在老根子里，道理时常“揭露”了生活的一个向度，视而不见，有悖生活的一类自然秩序。源自老根子的制度架构，时时稳健踏实。不过，道理终究是一类话语，张扬自己之时亦会压抑他

者，稳健踏实的制度，打这，便会损害他者的利益需求。这也不是很妙的。

就说尊师尚贤和顾及多数意愿，两者都是一种道理。在知识上，有人懂得少，有人懂得多，非说小孩子和大人一样可以看清远处的东西，是固执。小孩子跟着大人走，会少栽跟头，活得有益滋润。但是，处处执意“有人明白、有人稚嫩 ”，等于暗自输出绝对真理说。制度政治的绝对真理说也会带来灾难。这例子是常见的。所以，小孩子凭感觉走，有时也可能不犯错误，正如大人凭“理性”走有时照犯错误一样。需要尊师尚贤，又需要顾及多数意愿，因为道理话语原本就是多重、异样、互补、彼此发明的。

第三，制度的道理，根植于语境化，亦在具体语境中才有生命力。在大方面讲如此，在小方面讲还是如此。村学乡学不太在意“文字化的规矩 ”，更多喜好“商量着办 ”“交往对话 ”。因为，文字规矩在时间和空间上有僵硬的普遍化倾向。生活固然有“重复的谱系 ”，可也有“常新的谱系 ”。如此，村学乡学的柔性机制自然不是多余的。再者，村民乡民原本就是偏爱准情夺理，疏远刻板规矩，这更使柔性机制如鱼得水。

文字规矩是个制度安排。但制度安排更为喜欢“行动化 ”，而非“本本化 ”。“本本化”的东西，对未参与制度安排的人和“后来人 ”，需要驯化直至强加。这是不自然的，有时也会引发“走样 ”、斜视、逃避。起码，驯化强加的成本资源需要付出。“商量着办 ”，时时对个话，意味着在自觉原则和节减原则中磨合孕育“行动中的制度安排 ”。行动中这样做了，过时的旧规矩秩序悄然而灭，有益的新规矩秩序油然而生。而且，被挤压的话语、利益、需求，也有宣泄的机会和出口了。

最后余话两句。民国的村学乡学，实际已经隐去。今日大家更为瞄向了小型的“准法治国”的乡村自治。但是，那“学”还是提醒了自治里面需要一些甚至更多的本土佐料。老根子需要嫁接新嫩芽，嫁接的新嫩芽离不开老根子。制度文化的交流，是否蕴涵了这个意思?

域外沉默权一瞥[81]

水虽平，必有波；衡虽正，必有差；尺寸虽齐，必有诡。非规矩不能定方圆，非准绳不能正曲直；用规矩准绳者，亦有规矩准绳焉。[82]

中国人现在有个习惯，喜好用西方人的法治样板作参照，论说法律，多年来一直不断的“沉默权”鼓噪，又是一个例子。不奇怪，砌筑现代性的法律大厦，一是靠拿来主义，二是靠冥思苦想，而拿来省事，苦想费力，何况西方人的东西，看上去似乎就是显得不错。

谁都承认，沉默权是个舶来品。

中国人法律传统，丝毫不允许犯罪嫌疑人、被告人可以在官府面前低头不语。因为，不能不服从“从实招来”的规矩。这规矩是社会踏实稳定的一块基石，也是做人良心的一个最低要求，要不，良心便被狗叼走了，接下去，自己和社会都是苦果不断。直到眼下，我们还是喜好不断重复“坦白从宽 ”“抗拒从严 ”。言外之意：“说出来吧，我们不会冤枉一个好人，可也不会放过一个坏人！”

我们的历史是否需要改变?

也许。

一

在西方人那，沉默权何时“浮出水面”，说不清楚。

有人讲，17世纪的英国，已是开始递给犯罪嫌疑人、被告人一个类似定心丸的信息：被官员拿住时，可以拒绝回答一切问题。还有人接着说，英国的做法，缘于一场愤怒。1637年，一个叫利尔伯尼（John Lilburne）的人，不小心贩卖了官府讨厌的文字书籍，当时的星座法院（star-chamber）兴师问罪，要利尔伯尼老实交代，可利尔伯尼坚决抵制，决不承认自己有罪，同时，拒绝一切可能“落井下石”的讯问。到了最后，星座法院说利尔伯尼这个人蔑视法庭，必须施以鞭刑。残酷的公开鞭刑，使英国人目瞪口呆。英国人转而愤怒了，暗自思量，为什么官府就不能“人道”“文明”一点？1641年，议会宣布利尔伯尼案的审讯非法，利尔伯尼面对审讯可以不作答。1642年，议会写出了“沉默权”三个字。[83]不过，大致算算，沉默权应是文艺复兴之始而来的启蒙运动的时代产品。那时开始，欧洲人发现了“人”，差点忘掉了“神”。发现了“人”，意味着要用“个人的权利”来说事；“个人”，是最重要的，是社会网络的原子构件，没有“个人”，也就没有社会。更为重要的是，国家政府原本就是“个人契约”的产物。每个“个人”，将权利交给政府掌握，是为了政府充当社会监护人，最终来保护个人的这权那权；政府，尤其是其显著符号——警察控官，在管理社会时，则容易出尔反尔，于保护人权（社会性的他人的）之时侵犯人权（犯罪嫌疑人的、被告人的）。所以，要允许个人“盯着官人不说话”。

这是自由主义思路的一个结果。

现代性的世界法律发展谱系，是飘散扇形的，以西方某一地方为圆点，逐渐向地球其他角落扩展开来。没办法，中世纪末以降，西方某些地方从各方面来说就是狂飙突进，让别国别族看着着急，不学，自己就要落后，还要挨打，直至“销声匿迹”。而一国之强盛，据说总与法治相联系。这样，学了军事、经济、科学之时，还要学法治，像后来的德意志、法兰西、美利坚合众国、意大利……都是如此，就是

遥远的大和日本，也是照样。当然，还有现在许多的非西方国家，亦步亦趋。结果如何？大体瞧去，还是不错的。沉默权的传播路径，正是此种模式。不信，翻翻刚提到的那几个国家民族的法律章典制定的时间表，便可读到清晰的演化脉络。

另外，法律制度内部有个“相互关系 ”。中国人熟悉的词是：配套。目下我们改革，言必称“措施配套 ”，可西方人早知这点。如果讲究法治，那就要依法办事。对草芥平民是这般，对权力官府亦这般。权力官府依法做事，自然等于人们要求有个东西束缚它们，束缚它们，是为了保护公民权利。“束缚权力 ”，包括了“法无明文不为罪 ”，“公民有获得辩护的权利 ”，“刑事诉讼的举证责任在官府一方 ”……要使“束缚”有声有色，还要配上“沉默权 ”及其他，等等。西方人特别相信，“相互关系”宁可显得多而臃赘，也不能缺臂短腿。

二

上面讲的是域外沉默权大面上的东西。除此之外，还须对之“具体分析”。

西方人“沉默权”的具体纹路，通过一案，可品味一二。

1963年的一个日子，美国发生了一桩强奸案。受害人是十八岁的女孩子。强奸嫌疑人是一名硕壮的男子。那天深夜，这名男子开车将女孩子劫持。二十分钟后，车上发生了强暴事件。事后，女孩子飞奔回家，一个电话打到警察局，警察依据线索，十天之内即将这名男子拿获。在讯问过程中，警察要求这名男子招供，并要求其写下供述。这名男子照做了。案子清楚明了，没有什么争议，法官将劫持罪名和强奸罪名贴在这名男子身上，刑期是两罪相加，共五十年，狱门跟着打开了。

这罪人叫米兰达（Ernesto Miranda）。

岂料，判决下来，米兰达硬是不服，他不断上诉，经过百般曲折，竟然在美国联邦最高法院上诉得直。

上诉理由称，警察“强迫”他写下供述，供述写下来绝对不是自愿的，而且，警察太明显地违反了美国联邦宪法第五条修正案：在刑事诉讼中不得强迫任何人作出对自己不利的证词。而最高法院翻开卷子一看，也发现“强迫”问题的真实存在。第一，审讯室与外界隔绝，米兰达眼前是一字排开的警察队列。第二，警察不问“干了什么 ”，而只是问“为什么要干 ”。第三，警察手段不“光明”，一会儿摇摆“胡萝卜”，一会儿挥舞“大棒”，叫米兰达精神全线崩溃。所以，最高法院作出判决，判米兰达写下的供述无效。

最高法院并未到此结束。它还说，大凡审讯，警察必须事先告诉被捕者，一是他有权保持沉默，二是他如果选择了回答，则所做的回答可用作呈堂证供，否则，所得证词无效。这便是著名的“米兰达明示”（Miranda Warnings）的基本内容。[84] 打这开始，对抗“警方强迫”的沉默权，在美国风靡般地家喻户晓，人人共享，在几乎所有的警匪文学中，“你可以保持沉默 ”，成了故事叙述的开场白，尽管，美国宪法修正案里早已暗含这句话的意思。

显然，米兰达案（ Miranda v. Arizona）的最终判决，标志着个人在面临强大的国家机器时，可以享有钉铆凿实的“不说话”的权利。官府非要令人开口，那么，供词就是没有效力的。

为什么可以沉默？总得有些道理可讲吧？

道理自然是有。

西方人说，谁也不会否认应有“言论自由”，而“言论自由”既包含了想说就说的意思，也包含了不想说就不张嘴的意思，有肯定的方面，也有否定的方面，这就如同婚姻自由，既指结婚，也指离婚。如果一个人不想说，硬要上前撬嘴，这便等于剥夺了“言论自由”。

西方人还说，当一个人被官府拿获了，其已经处于非常不利的地位，这时，再允许官员左右动作，便易造成冤假错案。冤假错，一方面兴许是官员出于好心而滥用权力的结果，另一方面，兴许是官员本身就心怀叵测而滥用权力的结果。官员也是人。假设相信人可能犯罪，自然没有理由说“官员不会犯罪”。人性恶的概念，是个全称判断，它指所有人，就连说人性恶的那人也涵盖其内，这样，官员自是不能例外。心怀叵测正是指这个意思。而让嫌疑人或被告人抱住沉默权，就可抵御“恶官人”的心怀叵测。

除此之外，西方人又讲，他们喜欢“无罪推定”。这是说，在法院最终判决之前，一定要假定嫌疑人、被告人是无罪的，要顶着官员一步一步地证明“罪在哪里”“罪是什么”。既然无罪推定可以接受，则“无罪”的这人那人，自然可以“沉默不语”。

……

三

不过，要犯人开口，为的是“破案”“结案”，最终为的是社会祥和平安、秩序稳定以及他人的权利。总不能看着犯人，在那里沉默地得意扬扬吧?

当然。

在西方人那里，沉默权不是绝对的。

英国人说，嫌疑人和被告人可以沉默。但是，沉默并不意味着法官或陪审团可以不作任何对其不妙的推论。为获证词，强行撬开嫌疑人和被告人的嘴，自然会使证词无效，然而，出现下列四种情形，依然可用逻辑推断，将罪名安在他们身上。

第一，官员在侦察过程中想了解的事实，如果被嫌疑人或被告人用来辩护说事，那么，法官大人及公民陪审团，就可以顺藤摸瓜地作出对其不妙的推论。第二，假如开庭了，法官和陪审团要断案，而被告人硬是一言不发，那么，法官、警方、检控方都可以提请陪审团作个推论，即便这推论，显得叫被告人捉襟见肘；至于官员有否说过“可沉默”这句话，无关紧要。第三，证据里面有“物证 ”一说，比如刀子、铁棍、炸药、血迹，等等，可归入“物证 ”，如果这些物证出现在嫌疑人或被告人的身上，法官和陪审团，都可以一不做二不休地端出对其不利的结论，而不管其是否承认，也不管官人是否提醒过沉默权。第四，也是最后一点，在犯罪现场和犯罪时间里，嫌疑人或被告人恰巧出现了，出现得令人无法怀疑就是他们作案的，那么，他们再沉默（加之官员没说“可沉默 ”），也是没用，法官和陪审团依然可以挥笔而就，定罪。[85]

一句话，嫌疑人或被告人不想说，而官员又没有给出什么类似美国的“米兰达明示”，依然不影响定罪结案。

美国人也有此等见解。

1984年，纽约州冒出了一桩强奸案。一名妇女居然在超级市场旁边被人强奸了。案子一发，警察立即赶到。一个时辰未过，警察抓住了嫌疑人。可被害妇女着急地说，嫌疑人身上有枪。这样，警察为安全起见，径直问嫌疑人枪在哪儿，嫌疑人如实交代，枪被找到了。在法院开庭的时候，枪被作为定罪的一个证据。可嫌疑人说，警方不守规矩，没有向他郑重宣布“米兰达明示 ”，所以，枪不能成为一个证

据。法院当即回答，如果枪依然漂在外边，对公共安全是个很大的威胁，在此危急时刻，警察可以不费口舌，说声“米兰达”。此时的枪，当然可以作为定罪依据。[86]

这意味着，在公共安全出现危险时，警察没必要恩赐“沉默权”。

曾几何时，美国还出现过一个家喻户晓的绑票案。当警方逮住嫌疑人时，“票”（即受害者）去向不明。警察着急，便问嫌疑人“票在哪儿”，嫌疑人作出了答复。这“答复”也成为了一个不可推翻的定罪证据。法院说，如果警察非要先递上一个“米兰达明示”，嫌疑人一沉默，这“票”恐怕永远消失了，所以，此时警方不必多费口舌。

再者，沉默权的法律规矩，是个“一般性”的规矩。既然有个“一般性”，自然在实践中需要解释。这就像“禁止车辆在公园内通行”的规矩，我们总要解释，“自行车”“救火车”“救护车”是不是“车辆”，因而属不属于禁止之列。所以，警方这样的官员，甚至法院里的官员，都可以根据情形来作番自己喜好的“沉默权适用”的说明。

美国有个前科犯人，叫埃尔斯塔德（Michael Elstad）。一天，警方瞧着他似乎有问题，怀疑有些盗案与他有瓜葛，便把他叫到警察局。警方没说是逮捕，也没说是暂时关押，只说“我们聊聊”，聊着聊着，警方骗说罪案现场发现了埃尔斯塔德的手迹，埃尔斯塔德心虚，立刻招认。事后法院判案时，据此定了埃尔斯塔德犯有盗窃罪。埃尔斯塔德大喊，为什么警察不给“米兰达明示”？！法院却说，当时既非逮捕，也非关押，只是“聊聊”，既然“聊聊”，哪须提示“沉默权”？！这是说，沉默权使用的时候是“审讯”，而审讯，有个逮捕和关押的前提。[87]

这是巧妙解释“一般性”规矩的一个例子。

自然，在其他西方国家，上述这些对沉默权的限制、例外和巧妙解释也比比皆是。

概言之，这些限制、例外和巧妙解释，都表明洋人意识到沉默权的“另一面 ”。沉默权是保护公民的权利，可保护之余，自会带来负面作用。没有边界的沉默权，过度地使用沉默权，完全可能有违沉默权的初衷，因为，这般无度会影响社会的安全秩序和他人的权利，影响的结果，便使人人都会滥用沉默权。当沉默权的滥用，使犯罪人逃之夭夭、逍遥法外，并使受害人不能申冤，那么，受害人也会反之“以夷治夷 ”，比如，杀人后“不说话 ”，最后，官员将不得不彻底放弃“规矩 ”，强行管制社会秩序，从而露出“人治”（专制）而非“法治”的面目，彻底放逐沉默权。

前边，拉拉杂杂地说了些域外沉默权。难免挂一漏万，故称“一瞥”。读者看着差不多也就可以了。

再说点余话。

搞法治现代化，固然要参照西方人的经验，可也要确实注意西方人的语境和中国人的语境之间的区别。语境不同，制度的产生也会不同，而更重要的是，制度的效果也会随之有别，更何况，任何一个制度本身都是带有“双刃性”的，利弊兼有。沉默权，也是这么回事。西方人明白了这些，我们更应明白。只需想想：我们现在到底需要什么?

法治·分权制衡·法律现代性的困境——从腓特烈大帝过问阿诺德案说起[88]

……将法律置于主权者之上，便同时也将一个法官和惩办他的权力当局置于他之上，这样便造成了一个新的主权者……[89]

在群众性的团体中，一切其他的人都不可避免地陷入官僚体制的主宰之中……[90]

学科构成了话语生产的一个控制体系，它通过趋同性的作用来设置栏栅。在趋同性作用中，统治永久性地复活了。[91]

本文，讨论法治的实质。

先从一个历史事件说起。

一

腓特烈大帝（Frederick the Great），18世纪普鲁士邦的传奇人物，欧洲历史的撰写从来都不能少他一笔。正是这个普鲁士君王，亲自干预了1779年一桩案子的审判，不仅改变了案子主角米勒·阿诺德（Miller Arnold）的命运，而且，叫审案的法官，知道了什么是君王的“法律”威严。

阿诺德是个小作坊业主。当时的普鲁士邦，时兴水磨坊手工业，用水渠的移动溪流作动力源，所以，阿诺德租借了一块土地挖渠引水，启动磨坊。本来，生意算是不错，因为成本较低，那水流毕竟是个天然动力。岂料，磨坊附近不久就出现了一个养鱼户。鱼户专养池

塘鱼，而池塘也需移动溪流替换池水。这样，鱼户连招呼都不打，在水渠上硬是切开一处，将水分流。说起来，如果池塘和磨坊的地势一样高，倒也罢了，可那鱼户专挑一个低洼地段建造池塘，这就自然形成了“水往低处流”。

结果可想而知，阿诺德的磨坊无法运转了。

磨坊停转，财路就断，从此，阿诺德的收入一落千丈，就连土地租金都无法缴纳。这时的地主，不由分说，非将阿诺德先生拉到法院，告他拖欠租金。阿诺德说，作为一个地主，原告应该阻止鱼户开渠分流，明知分流会造成磨坊的损失，还放任鱼户，显然应该自担租金损失。但是，法院看着阿诺德就不顺眼，遂判地主有权变卖磨坊折抵租金。法院讲，这案子，仅与租金有关，欠租就要还租，不能还租就要拿别的财产折抵，至于鱼户开渠、地主失责，那是另一问题，与租金没有关系。没过几日，磨坊就让别人买走了，阿诺德变得一无所有。[92]

案子看上去有点冤。

当时许多人就念叨：哪有这般判决的，起码应该讲清地主是否有点责任才对。这些议论，不久便传到了腓特烈大帝的耳边。腓特烈大帝知道后，立即调卷查阅，倾听各方意见，最终断定案子大错特错，随即，下令对审理该案的法官提起刑事诉讼，声称：阿诺德一案这样判决，纯属玩忽职守，不判刑罚不足以平民愤。但是，负责审理刑事案的法官却以为，那案里的法官没有过错，那样判决，并未冤枉阿诺德。更为令腓特烈大帝恼火的是，刑案的法官，居然当庭宣判被审法官无罪，跟着大门一开，放他们扬长而去。当然，腓特烈大帝也不含糊，将审理刑事案的法官一一撤掉，并予罚金，接着，下令为阿诺德翻案。腓特烈大帝诏曰：第一，磨坊买主立即退还磨坊给阿诺德；第

二，受罚法官支付的罚金用来补偿磨坊买主；第三，拆毁鱼户分水渠道，恢复水磨坊正常供水。

这桩案子，显示了君王主权者在法律上的绝对权威。某些人说，绝对权威，只是就立法而言的，可腓特烈大帝“大刀阔斧 ”，干脆把它一并放入司法过程里，他有这样的意思，所有法律运转过程都由君王一统而定。

腓特烈大帝太成功了，不仅在世时声名显赫，而且死后留名青史。这么一桩案子，差一点叫那些主张法律制约君王权力的人大跌眼镜，哑口无言。有学者，更是大致承认：它绝对是个说明在明确的法律审判造成不公平时，君王干预显然必要的例子。[93]

二

主张法治的学者，对此，自是不以为然。他们会声称，这类例子还可举出一些，然而那总是凤毛麟角。多数的君王，可叫人不敢恭维。就算是腓特烈大帝本人，其也有“败笔”甚至所作所为遗臭万年的时候，金无足赤、人无完人，这是亘古不变的。大凡是人，总会有毛病。所以，还需法律制约君王的活动。宁可让其无所作为，也不可让其铸成大错。

这是法治话语的一个理由。

不过，仔细琢磨一下，可发现“法律制约君王”这种提法，太过笼统。比如，法律制定出来，但它却说腓特烈大帝有权干预司法审判，亦即在阿诺德那样的案子里可以大显“帝”威，那么，法律制约的意思就不大了。此外，就算法律设置了种种限制，叫腓特烈大帝不得干预法官的审判，不得硬扳阿诺德之类的案子，那么，总得有人断定腓特烈大帝是否遵守了法律。当然，前一种情形，在近现代可能不大会出

现，一般法律也不会那样规定了。倒是后一种情形，显得十分紧要。所以，有学者将人们视线引向这里：分开立法和司法。如果有了分立出去的司法，就会出现“旁人”断定一般平民甚至君王大帝有否照章办事。这是提醒我们，有了这等机制，法律制约才能大为生动。

在阿诺德一案里，最为显眼的是腓特烈大帝将司法终审权握在手里不放。应该说，那时的普鲁士邦法，已是腓特烈大帝说了算，起码所有法律，都要王权制定宣告。既然如此，为何还要紧紧抓住司法终审权？不奇怪，因为，腓特烈大帝担心司法那些人会将普鲁士邦法变了形，走了样，到头来，使他立法大权形同虚设，所以，大凡重要场合就要过问司法。有人可能会有这样一个观念：立法者过问司法是在情在理的，因为，司法总要严格依照立法者的意思去办才对，而立法者自己审判，当然会使自己的意思一以贯之。依此观念，对腓特烈大帝便不能多嘴多舌了。

但是，假如腓特烈大帝并不总是像在阿诺德案里那样公正贤明，而是有时糊涂，有时甚至凭借自己大权肆意篡改自己的法律，因为，觉得它已碍手碍脚，那么，结果又会怎样？这比司法官吏使法律大变其样能够好到哪里？更糟的是，如果腓特烈大帝的确肆意篡改即使是自己的法律（他完全可以凭借权力这样做），为了自谋私利，将自己的法律撇在一边，那么，他就是在用法律之名，行“独裁”之实。人们便不会认为这里边还有什么“法律”问题。

“只要有人被认为独揽一切，握有全部立法和执行的权力”，那就不存在什么法律的裁判者了。[94] 所以，为保住法律稳定、明确性的名声，不仅要限制司法篡改法律的本意，而且要防止立法者自我“改变”自己的法律。换句话说，不仅要警惕法官，而且要警惕立法者将法律走了样。

另外，还有可能出现这类情况：有时，像腓特烈大帝那样的主权者和一般平民发生了纠纷，依着法律似乎是腓特烈大帝不对，这时，如果容许主权者自当司法审判官，谁敢肯定结果公正平直？两人口角时，人们都会认为应由第三者来论是非，那么，在政治社会里，这不更应是起码的要求？洛克（John Locke）讲，就法律而言，“如果没有专职的法官，人们由于情欲或利害关系，便会错误地加以引证或应用而不容易承认自己的错误。……在每人都是……他自己案件的裁判者、解释者和执行者的情况下，尤其是这样”[95]。其实，如果真是君王来裁判自己和平民之间的纠纷，人们不“忐忑不安”就怪了。

最为重要的是，“……如果同一批人同时拥有制定和执行法律的权利，这就会给人们的弱点以绝大诱惑，使他们动辄要获取权力，借以使他们自己免于服从他们所制定的法律，并且使他们在制定法律和执行法律时，使法律适合于他们自己的私人利益……”[96]

于是，结论是不可回避的：分开立法和司法。宁可冒有司法篡改立法的风险，也要如此。毕竟，最为容易遇到的似乎是立法者兼掌司法带来的遗害，而不是司法者篡改立法带来的麻烦。由此而说，立法司法应该分开，君王议会大笔一挥后就应“退避三舍”、谦恭让“贤”，让法官一类人士操持法律的运行。这，实质上是法治话语的关键所在。

说起法治，不能不提亚里士多德。

他几乎是法治话语的最早鼓吹者。在他那里，要法治就要有“良法”，就要有“普遍的服从”。[97]不过，亚里士多德说完这些话，没有再加更多的细致分析，好像法治问题已经彻底说清了。可细想一下，别人似乎只有认为，前一部分“良法”的工作要分给立法者做，而后一部分的监控，就只有让法官这些人来做了，因为，人们毕竟不太希望立法权和司法权合在一起。而且，另一方面，这两件事里最重要的是后

一个，因为，没有良法，有时仍能谈论法律的统治，而没有“普遍的服从”，则根本无法谈论这个问题。讲到这里，我们就会隐隐约约地发现，亚里士多德的法治理论应该蕴涵着这样一个结论：法治的核心，在于“普遍的服从”，而“普遍的服从”依赖法官这些人的监控。所以，法治至少一半是个法官的统治。只是，亚里士多德没有深究细想，故而未能讲出这个结论。

三

前面已隐约暗示，赞同分权或曰法治话语的学者，大多具有共同的出发点，亦即不大看好人的自觉性，并且以为即使腓特烈大帝那样的明君在阿诺德案中“力挽狂澜”，救人于危难之中，那也不足挂齿，毕竟，那是少得可怜的稀有孤例。如果这般想法可以成立，那么，不单是分权可以用来抵御人的非自觉性，反过来，那“不自觉”也是分权有效运转的一个基础。

孟德斯鸠（Charles de Secondat， Baron de Montesquieu）说，谁都会滥用权力，英雄小人无一例外。[98]既然如此，将权力分给不同的人，他们就会彼此掣肘、设碍立障。

这里的潜台词是讲，在立法者一边，他总想把这权力用到尽头，事无巨细都要统在立法大权之下，甚至不惜偷运一个阶层、一个集团的私情私利。而旁边有个行政部门和司法部门，事情就会变得“碍手碍脚”。在行政部门一边，它们自己握有行政权力，这种权力，特别不希望头上有个立法者颁布的一般规则束手束脚，希望什么事都能灵活处断、“不拘一格”。当看到立法者偷运私利时，行政部门自然也会不甘寂寞，会用特殊的行政权力减弱甚至消解一般立法规则的效力和作用。这就无形中可以制约立法者。而在司法部门一边，它总有最终解释说明立法规则意思的权力，总有了断一切纠纷的审判欲望。有时，一般立法规则不能解决案子的某个问题，司法者，却依然试图以自己

的法律观念“显示神威”。当发觉立法并不规规矩矩老老实实，司法者便会同样暗设机关，巧用法律解释化解立法权力……

于是，在那些可能滥用权力的人之间，“不自觉”的本能恰恰筑成互为看管、互为钳制的权力网络。法国学者托克维尔（D ’Alexis De Tocqueville）也提到过这个意思：“……一个政权越是需要加强，它就越是需要扩大和独立。而它越是扩大和独立，就越要滥用职权……”[99] 中国古人更是说过：“吏之与吏，利合而恶同也。”[100]

这就涉及了分权的另一面：相互制衡。

法治的核心是用规则对政府权力的约束，而对权力的约束，说穿了又在于分权，可分权又必然有个制衡的问题。可以看到，法治和分权、制衡是一个问题的三个方面。18世纪美国学者威尔森（James Wilson）就说，为了维护法治，不仅要分权，而且要将制衡机制引入政府体制之中，“以便即使坏人当政也能迫使其为公众利益鞍前马后”[101]。孟德斯鸠说，“……一切有权力的人都容易滥用权力，这是万古不易的一条经验。有权力的人们使用权力一直到遇有界限的地方才休止”，所以，“从事物的性质来说，要防止滥用权力，就必须以权力约束权力”。[102]

如果将制衡看作一个彼此之间有来有往的游戏规则，那么，这个有来有往，是否有个终点？换个问法，制衡是否可以没完没了地持续下去，你不断制约我，而我不断制约你？

其实，制衡的效果，不过是政治决策过程中“你打我闹”的片段插曲，虽说片段插曲颇为重要，可使决策在不断摩擦的过程中变得稳妥适当。制衡的结果，不可能是制衡本身，而只能是制衡导向的政治目的。由此而来的权力游戏规则，其结果，也不可能在于本身，而在于游戏之外的其他目的。因为，谁也不会沉浸在游戏规则之中，而不顾

自己想要达到的目的，这就如同我们遵守足球规则，是为了体育比赛，或为了赢球夺得奖金，而不是为了规则本身去在绿茵球场上奔跑。于是，制衡游戏，自然就有终点。

到了这里，对于制衡的游戏规则，我们又回到已经谈过的一个问题：到底谁能决定制衡或法治的命运，或说，谁能站在游戏终点，号令他人？应该承认，在任何号称“法治”的政府体系中，只要允许分权制衡彼此约束，需要钳制政府的各项权力，那么，法院便只能是“笑到最后”，只能是最后的“裁决者”，毕竟，法院在决定法律的意义上无可比拟，所有纠纷都要由它拍板定局。真要争个法律的意思是什么，法院只好充任裁决的“上帝”，除非我们砍掉司法这个权力，废止法院这个审判机构，重温、再圆腓特烈大帝一手包办的“立法司法通吃”的所谓“英明君王”之梦。

四

腓特烈大帝干预了阿诺德一案，结果的确不错。可这没有挡住许多人继续主张法律的统治。然而，奇妙的是，法治依赖分权，而分权依赖制衡，接下来的事情，变得法官阶层尤为重要。其结果是：法治的背后，隐藏着法官阶层的“人治”，至少在法治的关键环节上，法院一言九鼎。正如中国古人所说，“有治人，无治法”[103]，“守天下之法者莫如吏”[104]。也难怪卢梭（Jean-Jacques Rousseau）也有不太客气的言论：“只要政府的职能是被许多的执政者所分掌时，则少数人迟早会掌握最大的权威；仅仅由于处理事务要方便的缘故，他们自然而然就会大权在握。”[105]

当然，仅仅是这样一个结果，问题尚且不算严重。毕竟，法治之外可以谈论民主制约。一般百姓，依然可以依照法律的字句章典，来个“外部看管”。

但是，这里需要更进一步分析的问题是：从腓特烈大帝开始的时代，法官那类阶层进入了一个颇为广泛的职业化阶段，这意味着什么?

社会进化的一个奇妙标志，在于分工的专业化、细致化，落在法律语境，就出现了法律职业的专业化、细致化。法律职业的这类特性，也缘于法律的一个现代性 ——庞杂繁复而又统一协调的法律文本。腓特烈大帝时代，这个法律现代性已初露端倪，他手里的《普鲁士邦法》，便有一万七千来条。那时代的人，特别相信“理性 ”的力量，以为依赖 “理性 ”就能知晓所有的一切，进而，建立一个无所不包的法律体系。当然，比起现代社会的法律文本，大帝的《邦法》又是小巫见大巫。任何一个现代国家的法律文本，差不多都已是浩如烟海。所以，面对这“浩如烟海 ”，自然需要一个具有独特“学科知识”的法律职业。其实，法律职业的社会需求，在文本式的法律现代性旁边，已经稍然引发了另一法律现代性 ——法律人员的科层化和职业化。

因此，法官阶层的职业泛化，意味着一个独特的“知识”阶层把持了法律的王国。

法官那类阶层，是法律职业的显著符号。由此，法律文本的庞杂繁复、法官科层专业性的泛化，便意味着“知识列维坦”神秘般地站立在人们的面前。圈外人何以知道浩瀚的法律文本的意义？何以走进迷津般的法律门道？又怎能知道法官阶层说出的“法律含义”是正宗的法律含义？黎民百姓式的圈外人，又从何明晓法律（有时正是法官阶层手里的法律）体现了自己的愿望？而且，何来从“外部”看管法官是在依法做事？这就如同病人面对庞杂繁复的医学知识和专业职业化的医生，何以知道医生治病下药是对是错?

所以，一旦出现利维坦式的学科知识的“栏栅 ”，又意味着在法治的背后不仅是 “人的霸权 ”（人治）问题，而且还有“知识霸权 ”的问题。而在法律现代性的背后，最终隐藏着 “学科权力 ”。学科权力，又使外行人根本无法知道、无法判断“法律上的对与错 ”。而在法律现代性尚属“缺席”的语境中，看管法官阶层如同看管传统政治学的统治者一样，倒是一件不太困难的事情。

于是，在现代化的法治中，“人的霸权”和“知识霸权 ”，已经互为表里，使法律的“外部”制约无从着手。

法治的出发点之一，当然是瞄向了人性恶。没有法治，政治中就混入了 “兽性 ”。[106] 可是如果认可了人性恶，说人性恶的那个人都不能例外，法官自然也无法例外。而且，前面说的相互制衡，就以“不自觉”或曰“各方性恶”作为基础的。“夫置丞立监者，且以禁人之为利也，而丞监亦欲为利… …” [107] 这般讲来，就应警惕法官阶层对法律的操纵，尤其是法官阶层背后的“知识面纱”型的现代性操纵。而真正的警惕，则不仅是“制度上 ”，而且是“意识形态上”的，也即警惕法律现代性引发的“知识权力”挤压。

往要害上讲，法治本身也是有问题的，在现代性背景下的法治有了学科性的知识权力的撑腰，问题兴许更为严重。换言之，我们所说的警惕，由于面临着法律知识的“利维坦 ”，其本身又不得不重新检视追求法治现代化的初衷。

法律解释与“法律民主”[108]

著而有定者，律之文；变而不穷者，法之意。[109]

假定我们是在谈一个作者，那么他写的和说的一切，他所留下的一切，是不是都包括在他的作品中？这既是个理论问题又是个实际问题。[110]

我承认历史上也有过一个时代，文字是被视作威权的，是载道的，是经典；从文字的玩弄里，像符咒一般，可以获取权力和利益，支配别人……[111]

民国时期，学者费孝通写过一篇精彩的文章——《文字下乡》。在这篇文章里，费先生说过这段话：

乡下人在城里人眼睛里是“愚”的。……说乡下人“愚”，却是凭什么呢？乡下人在马路上听见背后汽车连续的按喇叭，慌了手脚，东避也不是，西躲也不是，汽车夫拉住闸车，在玻璃窗里，探出半个头，向着那土老头儿，啐了一口：“笨蛋”——如果这是愚，真冤枉了他们。我曾带了学生下乡，田里长着包谷，有一位小姐冒充着内行，说：“今年麦子长得这么高。”旁边的乡下朋友，虽则没有啐她一口，但是微微的一笑，也不妨译作“笨蛋”。乡下人没见过城里的世面，因之而不明白怎样应付汽车，那是知识问题，不是智力问题，正等于城里人到了乡下，连狗都不会赶一般。如果我们不承认郊游的仕女们一听见狗吠就变色是“白痴”，自然没有理由说乡下人不知道“靠左边走”或“靠右边走”等时常因政令而改变的方向是因为他们“愚不可及”了。“愚”在什么地方呢？[112]

这段话极有意思。费先生用一种巧妙的解构方式，颠覆了不少人具有的乡下人和城里人之间的“愚智对立”观念，换言之，如果城里人认为乡下人是“愚”的，等于是在认为城里人自己是“愚 ”的。更为有意思的是，费先生告诉我们，城里人和乡下人各自的想法，是一类知识的区别，而不是智力高低的区别，城里人有自己的知识传统，而乡下人也有自己的知识传统。这知识传统，就像城里孩子看书识字快点儿，而乡下孩子捕捉蚂蚱快点儿一样，谁也不能说谁更为机敏、更为伶俐。[113] 说来，在文化语境中，前述那类自觉高人一等的“城里人视界”蛮多。在法律圈子内，随着专业化、职业化、理性化的法律现代性膨胀，“法律知识”把持者，似乎也或多或少有了“城里汽车夫”的脾气。其实，单就法律条文的多少、法律文字的排列、法律分类的标签……等行当而言，法律职业的符号，也即“法律专家 ”，自然可以自恃高傲，因为，不论怎样，外行人终究是“没入门”的，或说，尚未训练有素地翻过条文、读过文字、听过分类。

不过，虽说如此，可在一关键的活动上，费先生的解构策略依然适用。这一活动，便是“法律解释”。

在本文中，笔者借用一个法律实例作为叙事平台，先说明“法律解释”的纹路，次之说明其中的“暗道机关 ”，然后，再看看何以能够套用费先生的解构策略，最后，说说接下去的理路思绪是什么。

一

法律解释，在这里，大体是指对法律［主要是制定出来的法律（statutes， legislation）］文字作个说明。一般而言，人们总会以为，立法者作出规定，“法律品性”的文字便是出笼了，它有了明确的效力，接着，凡事就要照章办理、一丝不苟，否则就是斗胆违犯。可法律文字这东西有个毛病，也即，它是普遍性的，不是就人论人、就事论事。它不会针对张三李四王五之类的具体人物说个“法律命令 ”，也

不会盯着具体人物做的具体事件，讲个应该如何。正因如此，“普遍性”的文字和社会具体对象之间，时时不能丝丝入扣。

举例说明。

前些年直到眼下，出现过所谓的“私家打假现象 ”。这类“打假 ”，很有意思。第一，打假者假借“消费者”名义，知假买假，然后提出我们中国《消费者权益保护法》第 49条，非要卖假者双倍赔偿。而那条法律文字恰好说，只要经营者卖出了“假”产品，消费者便可以没商量地要求双倍补偿。第二，打假者常常天马行空、独来独往，有点“孤胆英雄”的劲头，不仅在一区、一市、一省来回折腾，而且时时跨省穿梭出击，但是，他们终究全然不和质检“官府”相互通气、共同打假，倒是每每“暂”借“官府”质检图章，获得索赔的确凿证据，然后，转向商家“要钱”进账。第三，此类打假，商家极为头痛（商家有时更为害怕私家打假者，而不太在乎官府打假者），而平民百姓大多则是雀跃欢呼，尤其那些曾饱受假劣产品坑害的小民，更是拍手称快、双手赞成。第四，也是最有趣的，在那些没有卷入事件利害关系之中的旁观者那边，则出现了相左意见。有人说，这打假，绝对帮了质检“官府”一大忙，“官府”人手、财力都挺有限，没有民间的“出手”配合，打假运动自然难以成为如火如荼的全国运动；另有人说，这打假，本身就是“假 ”，因为不是为“消费”去买消费品，而是为了双倍进账才动手的，其动机，“乃钻法律空子也 ”，或说居心叵测。在道德上更是一定和“知假卖假”同样可恶……

现在，可以清楚发现，第 49条法律文字需要解释。起码，要说明，那文字里面的“消费者”是否包含了眼前的“知假买假兼打假者”。无论如何，法律文字和具体现象没有一一对应。

怎样解释?

有人说，别将“消费者”这个词限定得那么死，非说它指自我消费的这人那人，因为，这叫死抠字眼儿。死抠字眼儿的解释方法，太过僵化。相反，我们应该大方地解释该词，要高瞻远瞩、放眼全国，在大多数消费者（尤其是被假劣产品坑害的消费者）的意愿背景里来理解这词的意思。大多数消费者喜欢打假，而官府打假举措，说来已有多年，却迟迟不见殊效，私家打假无形中帮了大忙，使卖假商家诚惶诚恐、不敢放肆，这使假劣产品的蔓延受到了扼制。对此，小民高兴。如此，将“知假打假者”说成“消费者 ”，便可使其获得双倍赔偿，而双倍赔偿的激励，便会更为鼓励打假运动。最后，得益的终将是大多数消费者（虽讲打假者旁边暗自窃喜）。这般解释“消费者”是很不错的，而且，符合“人民的利益”。

更何况，我们谁也无法深究“消费”本身的含义。买东西送人算不算“消费 ”？买东西存而不用，可否归入“消费 ”？以往，买者将东西买走后，谁也不会关心他是送人，还是存而不用，还是自我用掉（像食品一样吃掉，像衣服一样穿上）。反正买走了，就是“正经”的买家。这样，说“私家打假者”为买家，进而说为“消费者”，没什么别扭。

有人说，不成。法律文字的解释要规规矩矩，丁是丁、卯是卯。第 49条的“消费者”就是“自我吃掉（食品） ”“自我使用（餐具）”之类的人物。除此便是另有图谋的人士。买东西送人，或者买了存而不用，都不属严格意义的“消费 ”，由此，更别说“知假买假打假”了。

除此之外，观看一个“法律事件 ”，不单要看与其有直接关系的法律文字，而且要瞧“周边相关法律的条文文字”的情况。这是说，有时，看似有关的法律文字兴许不能管用，而其他“稍远”的法律文字则，可派上用场。在“知假买假”的案子里，《消费者权益保护法》第49条不太顶用，可是，《民法通则》里的文字可以发挥作用。《民法通则》的文字说，买卖东西时双方的意思表示要真实，如果不真实，

买卖行为算是没有意义了。专业词汇说：“这叫无效民事行为 ”。知假买假者购买假劣商品，显然没有“真实 ”的买意，没有买意还去交易，便是法律上的无效操作。无效操作的结果则是双方返还原物。这里，依然没有“知假打假者”捞取便宜的地方。

或者，不是单看直接的法律文字，也不是单看周边的法律条文文字，而是直指法律“实质 ”，追觅法律的原则、精神，或者立法的原意一类的东西……

这也是一种解释方法。[114]

二

在法律解释的活动里，可以看出，阅读解释者想要解决两个问题。其一是“一般意义”的法律，其二是“具体意义”的法律。

头一个是指“法律地盘”的划定。这意思是，找法律应该有个大致范围，不能随便在任何地方去追觅法律的踪迹，在社会中，总有法律、道德、政策、情理、习俗一类的东西，它们之间有个区别，不在那些东西之中圈出何为法律的地盘，便可能在下一步不是用正规的法律去解决问题。其实，阅读解释者总会有个大致的“目标域 ”，并以为，“目标域”就是法律的地盘。在划定了“法律地盘”之后，他们才来仔细查看法律的“家族谱系 ”，在“家族谱系”中，确定“长幼关系 ”“何者为尊 ”，即何者可以首先用于“知假买假”。后一个“具体意义”的法律是指“法律地盘”里的具体分子。在“知假买假”的案子里，《消费者权益保护法》第 49条、《民法通则》里的这规定那规定，便是具体分子。在我们的语言习惯中，如果拿出某条规定，并说这是案子的判决依据，我们便是宣称“找到”了具体分子。其实，阅读解释者在查看法律“家族谱系 ”之际，正是在“寻找”具体分子。

现在，回到“知假买假”的案子里，看看在阅读解释者的阅读解释中，上述两个问题的“图景”。

大抵可以发觉，那番阅读解释能够分为两类，一类是“大众平民式”的法律话语释放，一类是“法学精英式”的法律话语释放。所谓法律话语，是种“知识状态 ”，是种环流于法律实践之中“操纵 ”“左右”人们言说的背景意识形态。当有人表达一种法律意见时，那些“知识状态”或说意识形态，已在暗中“出谋划策 ”，并且，已经揭露法律意见的“出处”并非来自第一、第二或第三人称的主体 “你 ”“我 ”“他（她）”，而是来自 “出谋划策者 ”本身。这便是人们习惯说的：“不是你在说话，而是话在说你”。

“大众平民式”的法律话语，随意、常识、开放，并时而带有情绪化。它对法律文字的态度可说“潇洒 ”。在 “知假买假 ”案子里，这类话语不会死揪这法律条文那法律条文的表面字词，也不会太在意法律的本身原则、精神、立法原意之类的“大东西 ”。换句话说，它不会，而且也不太希望在法律的“内在秩序”之中转来转去。相反，它的叙事出发点，倒是民众的现实需要。为什么不能“屈尊”下来琢磨琢磨当下百姓的心思？为什么非要在各类法律条文之间挑来挑去？为什么不能想想法律的外在目的或说远方目的？为什么非要揪住第 49条“消费者”的“严格含义 ”，以及《民法通则》之类条文的严格解释，以及什么法律原则、立法原意？我们国家制定法律，其目的不正在于为了百姓的意愿？这些，都是“大众平民式”话语试图找问题的地方。

这样一种“潇洒”态度，表明“大众平民式”的法律话语，在“一般意义”的法律和“具体意义”的法律上，都是超脱的。它以为，“法律地盘”应该扩张，法律家族谱系大体也是应该无限，法律具体分子本身同样是“灵活”的。因为，法律的目的不在法律，而在其外的大多数民众意愿。

反过来，“法学精英式”的法律话语则是“刻板 ”、专业、拘谨了。它时时是理性化的。对法律文字，这类话语谨小慎微。就“知假买假”而言，它乐意坚守白纸黑字的字眼儿。如果坚守的结果不尽如人意，它便会搜寻法律的其他条文、本身原则、本身精神、立法原意一类的东西，即便进而在其他条文、原则、精神、原意的东西里不能发现答案，它也绝不越雷池一步。反正，这种话语的习惯便是在法律的“内在秩序”之中转来转去。这是“学科知识”意识形态的控制结果。

此类精英话语，展示了在“一般意义”和“具体意义”法律上的谨慎姿态。它认准，法律应该画地为牢，法律家族的谱系，也应有始有终，法律具体分子本身照样是“铁板一块 ”。精英话语宣称，法律的目的虽说有“外在”的，但也有“内在”的。人们制定法律，有时正是因为法律自己有个优点。倘若时时打破法律的“栏栅 ”，跳出法律的圈外，法律的公开性、可预测性，也就无影无踪了。而没了公开性和可预测性，这社会上的事情，还会杂乱无章。

三

现在，可以提出这样一些问题：法学精英式的阅读解释有何不妥？在“知假买假”的案子里，人们对法律文字争得天翻地覆，精英话语的解说，不正可以显露权威、一言九鼎？在现代社会中，法律乃至法学都是“职业性”的，就像医疗和医学一样，它们可以充作“专业”上的指路明灯。由此，为什么不能像病人求医一样，将法律上的麻烦事交给精英话语的操持者，让其诊断一二、开个药方?

这些是人们最为容易提出的问题。

在“知假买假”的案子里，不少人，尤其是一些法学专家，都说精英话语式的阅读解释理所当然。虽讲此类阅读解释也有不同意见，比如，有人讲要严格解释“消费者 ”，有人讲要打探其他相关法律条文的

意思（如《民法通则》），还有人讲要挖掘一下“法理”的底蕴，等等。但是，这些不同意见依然是法律“内在秩序”里的“各种意见”。概言之，在法律“内在秩序”之中来回穿梭，就“法治”而言，仍是不能丢掉的“万变不离其宗”。如此阅读解释，都是“法律牌子”的产品。而对比来看，大众话语式的各类阅读解释则是旁门左道了。它们即便不是“冒牌”的也是杂牌的产品。如果有人听从那些解释的意见，便似乎有些患病去寻江湖巫医的意思，全然属于误入歧途。

这类看法，犹如前面提到的一准儿认定城里人是个“智”、乡下人是个“愚”，将精英话语式的法律解释，奉为了“解释的知识贵族”，而且断定，那类解释具有“正当性”。

现在，看看这看法的毛病。

法律解释的意见，如果想要成为真“智”，或者具有“正当性”，在法律的语境中必须符合一个条件：和法律文字制定者的原本意思相契相合。这里有两层关系需要道来。

第一，一般来讲，人们会以为法律文字出自“书写者”——立法者——之手，所以，没有“书写者”的原意在其中便是一件怪事。既然“书写者”将自己的意思放入了法律文字，那么，阅读解释就要符合原意。谁让法律文字出自别人之手，而我们自己是阅读解释者呢？古人云：“凡议法者，当先原立法之意，然后可以断狱。”[115] 换个意思来说，这就有如解读一部小说，小说作者总会具有自己的意图，阅读者抓住了这个意图，自然更会理解和欣赏小说。中国立法者制定出了《消费者权益保护法》，而且列出了第49条的小文字，如此，在第49条之中必有立法者的原本设想和企图。找出了原本设想和企图，也就找出了这条法律的“真意”，找出了“真意”，再依此断案，正是人们津津乐道的不折不扣的“依法办案”。

第二，法律解释符合原意，这是“政治道德 ”（ politicalmorality）的基本要求。现代人们已经认定，立法权和司法权的分开是天经地义的事情，立法者只管“书写”文字，司法者只管“执行”文字，这样，才会避免政治学时常提到的“专横跋扈 ”——专制。同时，司法者还要尊重立法者，凡事要重视“立法原意 ”，不能自作主张，当法律文字不太“清楚”之时，更要如此。眼下，出现了解释麻烦，司法者不去追觅法律文字“书写者”的原意，而是“另辟蹊径 ”，我行我素，这便等于司法者自己“既扮钦差又当皇上 ”，将立法权和司法权偷偷地共同按在了自己帐下。此等作为，和“书写者”自己书写后再去自己执行，殊途同归，或说同为专制。落在我们《消费者权益保护法》第 49条上，可以认为，阅读解释者在这条意思上“自作主张 ”，便等于是断案过程中新立了“另一第 49条”，这是既司法又立法，叫人不能接受。

显然，这两层关系预示，要想标榜自己的阅读解释具有“正当性 ”，则必须证明自己找到了立法原意。而其他任何解释方法，只要不能衔接“立法原意”，自然都是没有“正当性”的。

四

然而，能否找到这个原意？回答如果是肯定的，我们的讨论就此应该停止。再说下去，等于在常识中讲常识。相反，回答如果是否定的，我们便会摸向费先生的“乡下人和城里人”的解构路标。

可以认为，至少能够搜寻两个理由，表明这个“原意”极为可能无法找到。先说头一个。“原意 ”，大体是指“原有的意思 ”“原有的意图 ”。此处的“意思”或“意图 ”，是个心理学的词语，它们在示意个人心里想什么琢磨什么。打这点出发，在和某人对话的时候，我们自然可以反复盘问这人说话的“本意 ”，从而挖出他（她）的心理观念。但是，现代社会的立法机构不是一人，而是由一些人组成的一个实体。讲一些人想什么可不同于说一个人想什么。而且，讲一个立法机构本身想

什么，本身恰是有些别扭，毕竟立法机构不是一个“活人”。立法机构这个词语，有些法学上“法人”的味道，仅指“机构”不指“活人”。故而，讲立法机构的“心理意图”似乎有些用词不当。接下去，显然，人们不易像盘问个人一样，追问立法机构的意图。当然，如果一些人会像一人一样思想行动，倒也未尝不可去说个“立法机构意图”。问题是，一些人时常不会像一个人那样众口一词、“说一不二”。在“书写”法律文字的时候，情形更会如此。立法机构里有起草者、投票者、签署者和公布者，实在难以想象，他们会在法律文字上面像一人一样，“心往一处用，劲往一处使”。如果追觅“立法机构意图”的活动正是追觅其中所有人的心理意图，这结果，恐怕就是徒劳无功。美国学者德沃金（Ronald Dworkin）说了：

只要认为立法意图是某人内心思考而用投票方式来表达的问题，我们便必须将具体个人的心理状态视为头等因素。可立法机关本身没有思想。因此，坚持意图论必然要为如何将所有个别意图合并成集体的、虚幻的意图而自寻烦恼。[116]

更为重要的是，对中国“知假买假”这类事情，中国立法成员“书写”法律文字（比如第49条）时兴许连想都未想过。

再说第二个。法律文字是个“文本”。而对“文本”，有个“主观”的阅读解释。“主观”是说阅读解释者头脑里有自己的“前结构”。“前结构”包括了“知识状态”、“价值偏见”（这里的“偏见”不含贬义）、“叙事立场”，等等。这类前结构，在不同人那里，自然具有不同的品性，从而操纵左右了阅读解释者的阅读解释。对法律文字是这样，对找到的所谓“意图”那个东西，同样如此。就《消费者权益保护法》第49条来说，有人可讲，那里边的“意图”就是“保护消费者的利益”，但什么叫“保护”？怎样才算“保护”？人们找到的“意图”，也需用文字来表述，而凡是用“文字”来表述的东西，难免遭遇阅读解释者“前结构

构"的控制。于是，假如宣称找到了一个"立法意图"，谁能确保这"意图"是立法者的，而不是阅读者自己的?

通过这两点理由，当然可以发觉，第一，也许我们时常设想的法律"书写者"在法律文字之中留下意图遗迹这一情形，原本就是"假设"的，因为，无从证明遗迹的存在；阅读者终究面对的是"文字"，而不是"书写者"讲述的"自己想法"。第二，作为司法者的阅读者，天天都会遭遇解释烦恼，这在法律实践中已是人人皆知。在理论上，他可以日日请示"书写者"，问问在"知假买假"上，"书写者"有何心思。可是，真想这般操作，需要无法计量的成本资源，而且在体力上不累死请示者，也会累死"书写者"，接下来还会耽搁许多需要即时解决的纠纷或困扰。还有，尤为关键的是，日日请示又会神差鬼使地慢慢叫"书写者"既成为"书写者"，又成为"执行者"，这最终又将促成两权（立法权和司法权）合一的"专制"。所以，在解释法律文字时，自然不能像两人对话那样，其中一人可以不断通过追问去"找"另一人的说话"原意"。

由此说来，阅读解释一定是阅读解释者自己的分内事情。而且，做分内事情时拼出命来、鞠躬尽瘁，解释者依然是无法寻觅"立法意图"。寻觅不到"立法意图"，阅读解释的"正当性"永远悬而未决。

再看精英话语式的法律解释。通常来说，那种话语，喜欢在"法律文字"的严格意义、相关法律条文、法律原则或者精神之类的东西之间转来转去。当然，它也喜欢甚至最为乐意在"立法意图"上，究个一二。但是，上述一番解说已经表明，除了追寻"立法意图"之外，其他解释方法都是欠缺一个"正当性"，而"立法意图"，又是一个显露"斯芬克斯神秘微笑"的怪奇精灵，没抓时似乎在手，去抓时杳无踪迹。

现在，可以大致断言，在法律解释"正当性"的问题上，并未显出精英话语式的阅读解释是个"智"，而大众话语式的阅读解释是个"愚

”。用褒义词的话，可说它们都不错。用贬义词的话，可说它们都差劲。在“知假打假”的案子里，两类法律解释无所谓高低，人们更是没有理由认为，法学精英的套路一定就是体现法律正当性的当家权威。

五

在本文开头，笔者提到了费先生的解构策略。在费先生的笔下，城里人的“懂”与乡下人比来比去，难说前者是“智 ”，后者是“愚 ”。而在法律解释的活动中，我们也能发现，人们习惯以为的法学精英式的“知识状态 ”，也难说是高出大众平民式的“知识状态”一截。如此，人们也就没有理由在“知假打假”那类引起争议的案子里，去说：随意、常识、开放而且时常带有情绪化的“百姓的法律解释 ”，注定是“愚 ”的，或者错误的。当说百姓家常式的法律解释远离法律的立法原意，故而是“愚”的，也就等于在说，精英专业式的法律解释偏离那原意，因而也是“愚”的。实在来讲，不能认定谁更能贴近立法原意。毕竟谁也无法证明自己才是一个“正宗”。

我们将这里的理路再引申。

在《文字下乡》这篇文章中，费先生有点这个意思：如果城里人一定认为自己是“智 ”，乡下人是“愚 ”，那么，在文化上，城里人可能便会强行贩卖自己的知识产品。这个结果，有时是无益的，有时是无理的甚至是霸道的，进一步的结果，还可能破坏了乡下人原有的利益。

在法律解释中，类似的情形可能也会出现。就“知假买假打假”的事件来说，如果认定法学精英式的解释是理所当然的，那么，这就是将精英话语的知识产品，强加于大多数平民百姓。而当那类知识操纵的解释无法证明自己代表了“立法原意 ”，其更是在法律上，树立了无理的霸权。

而对“知假买假打假”，大多数平民百姓又是乐不可支的。他们知道，在主观道德上，知假买假兼打假的动机的确难说“纯而又纯”，讲其略有私心，绝对可以。但是，在大面上，打假者的全套行动是值得夸耀的。它使知假卖假的奸商战栗不安，使卖假行当有所收敛，而平民百姓自是获益匪浅。现在，假如认为法学精英之类的法律解释应占上风，那么，“知假买假打假”本身便成了“打假”对象。接下来的结果，奸商卖假依然如故，百姓利益依然受损。

可我们天天在说：法律应该而且必定要代表大多数的利益！

还有更为打紧的问题。

我们都在警惕一个东西：不能让少数人统治多数人，或说叫前者站在后者头上。因为，这是没有理由的而且也是危险的，“专制”正是暗藏其中。人们制定法律，初衷之一就是防止专制，就是尽量避免少数人耀武扬威。起码，在民主社会中，这是一个人们不断提到的政治理想。现在，在法律解释中，让法学精英式的“知识状态”获得了“领导权”，这是否有点不自觉地将少数人抬上了社会权力的上端？不应忘记，在中国，法学精英式的“知识状态”的拥有者，就像城里人一样，通常是些“少数人”。在“知假买假打假”的争议中，这也是很清楚的。如此，在法律解释中，放任法学精英式的“知识状态”，放逐大众平民式的“知识状态”，有时是否等于在前门赶走了专制者，在后门请回了专制者？

城里人和乡下人，的确有个区别。我们也不能否认，就人类学所说的“大传统”知识来讲，乡下人有些不如城里人。在从农业式的前现代社会向工业式的现代社会转变中，乡下人多半是要跟在城里人的屁股后面，“步步为营”。可这需要一个前提：城里人要尊重和理解乡下人的意愿和利益。盛气凌人是不“正当”的，抛弃丢掉乡下人的意愿和利益，就更是不应该的了。

在法律的语境中，精英知识的把持者似乎对应了“城里人”这个社会学符号，而大众知识的拥有者，似乎对应了“乡下人”。

自然，当试图推进法治构建的时候，法学精英应该引导平民大众。谁也不会否认，法学精英可以传播法治知识，带领百姓步入法治天堂。但是，制定出来的法律文字总会出现“解释的困惑”。在“知假买假”那类争议事件中，人们会站在自己的利益立场，来相互张扬、对抗、抑制。此时，法学精英知识的把持者应该反省自己的叙事立场。而位居至关重要的审判席上的“解释者”，更应注意各类解释背后的利益意愿，不应像城里人习惯的那样，手持法学精英的知识，盛气凌人，甚至抛弃丢掉大众平民的真正意愿和利益。

六

如果还引申的话，那么，我们似乎还可认为在法律解释的活动上，不仅法学精英式的话语释放和大众平民式的话语释放是平等的，有时，我们更应让后者“领导”前者。因为，出现了法律解释，就是出现了“法律争议”，而“法律争议”正像政治争议一样，需要大多数人的“民主解决”。如此，不仅在制定法律文字之前需要“政治民主”，而且，在法律解释之中需要“法律民主”。毕竟，“民主”这一正当性根基，是不能丢掉的。

法律科学？[117]

认为以探寻普遍规律为宗旨的社会科学能够产生出普遍的知识，这是一场打赌。现在回想起来，这场打赌实际上是有很大风险的。因为，与自然科学所界定的自然世界不同，社会科学的对象领域有其自身的特点：不仅研究对象包括了研究者本人，而且被研究的人还能够与研究者展开各种各样的对话或辩论。[118]

法理学是审判的一部分，是任何法律判决的无声序言。[119]

本文，讨论"法律科学"的性质，以及法律思考的外部视角和内部视角，并从中深入发挥。

大凡研读法律的学子，都熟悉"法律科学"这用语。不奇怪，打开法理学、民法学、刑法学、行政法学、诉讼法学之类的书籍，随处可见"科学"的标签。人们已经习惯：只要是法律学问，便应有"科学"的品格。

大概一两个世纪以前，"科学"一词，进入了法学的语境。随后，不少人断言，这是一场法律学问的革命。为什么？因为在这以前，法学总是被以"宏大叙事"为出发点的思辨所笼罩。比如，霍布斯（Thomas Hobbes）和洛克的法学，就喜欢从"自然状态""社会契约"这类大词出发，导出源源不断的一套说法，[120]而像黑格尔（Georg W.F. Hegel）的法学，就更"宏大"了，非要从"绝对精神"那里演绎出"客观精神"，然后在"客观精神"中推出国家法律的所有道理。[121]"科学"话语的进入，似乎让人发觉"宏大叙事"的根基不稳固，以至青

睐“科学”一词的人，时常像休谟（ DavidHume）那样毫不客气地提出疑问：我们怎么知道那些大词说的东西，是真的，还是假的？ ！

从这时起，“科学”在法学家的眼里，属“经验的 ”“实证的 ”叙事手段，它可用来发现、思考“实实在在的法律现象 ”。而且，“法律科学”还被标榜为“客观的 ”“中立的”的学说理论，因为，法学的观察者，是从纯粹的外部来认识法律现象。这，正如同一位传统的人类学家，或者社会学家，来到异国他乡，平心静气地看看那里法律到底是如何建立、如何运作的，而自己，根本无须融入其中，体验发生的种种法律事件，与之共欢乐、共忧愁。概括来说，法学家，能不偏不倚地地剥离出社会中法律的“方与圆 ”，因为，自己可戴上没有颜色的观察眼镜。

以这样的雄心勃勃，“法律科学”宣布，自己的作用，便在于从已看到的法律制度中，清理法学的基本原理，把它说清楚、道明白。由此，法理学、民法学、刑法学、行政法学、诉讼法学以及其他不断被人尊为“法律科学”的科目门类，便不断涌现，并以“公允的外部立场 ”，输出“法律的概念 ”“过错 ”“故意 ”“责任 ”“控辩”等原理式的话语。“法律科学”自认为，从立法到司法，再到所有人的一举一动，莫不以其讲述的“原理话语”为根据，任何人，都会像它那样站在外部立场来论法，虽然，有时对法律有些牢骚或意见。因此，知道了“原理话语”的内容，也就知道了社会中的法律运行。

一

可美国出名的法官霍姆斯却讲，这“科学 ”，不大有用！[122]因为，在打官司的时候，“律师 ”根本就不会拿它当回事。“律师 ”，有他自己观察理解的方式。一个案子到了手里，律师要凭自己的经验来思考，虽说不全是“算命占卦 ”，但起码不是“客观中立”地说话。[123]“律师”和“法律科学 ”，对法律的理解，全然是不同的。这其中的要紧之

处，恰在于“律师”是以内部的立场来看法律。内部的立场，是说此刻的观察者，并非平心静气地论说法律，而是参与法律争议之中，和法律实践中的那些社会角色，比如当事人，患难与共，而且其社会角色的定位要求他必须这样，要求他，必须为自己的客户服务，而不是站在外部立场来论长论短。

当然，有人可能这样认为，如果“法律科学”的整套理论非常扎实，将社会法律的问题讲得十分准确，将法律理论彻底变成法律实践的翻版拷贝，那么，律师再我行我素，自然在实践中还是步履维艰。因为，其他人，都在依据“法律科学”所说的那套，“一本正经”、循规蹈矩。

但霍姆斯给出了两个理由，来说明这是不可能的。其一，法院里的那些法官，时常自立一套，其本身，就将“法律科学”大致议论的法律或法律原理搁置一旁，终于使得法律，只有“偶然的经验”而无规律，也即，人们不大可能发现法官是在三段论地推理判决（法律文本是大前提，案子是小前提，判决是结论）。[124] 于是，律师要想有所作为，就不能完全注意“法律科学”，盲目崇拜。其二，打官司，便是追逐利益，追逐利益，就意味着从“坏人”（bad man）角度算计得失。[125] 此时的“坏人”，当然不是道德上应予大加鞭挞的“恶人”，而是类似凡事以自我利益为出发点的经济人。此类人，如果利用法律资源来获得利益，那不是他的过错，而恰是他的权利。起码，许多法律，正是给人们提供了算计利益得失的机会，而且愿意这样，比如，允许选择不同法院的管辖。所以，律师抛弃外部立场，盖缘于背后有个“合理的”利益驱动（律师自己也有个律师费之类的利益）。加上法院时常自立规矩，如此，更应允许“内部立场”的选择。

在这里，霍姆斯的两个理由，是颇为重要的。可更重要的是，他从那里推出了这样一个问题：为什么非要从所谓的“客观”“中立”的外

部立场来论说法律，以至非要推出个所谓的“法律科学”？为什么不能从律师或“坏人”的“主观”“偏狭”（所谓的“偏狭”）的内部立场，来看法律，以得出个实用的“预测科学”？霍姆斯的言外之意，是想说明，在法学的课堂上，至少看不出只讲外部的“法律科学”而不讲内部的“预测科学”，才是对的。于是，我们就看见了霍姆斯的经典论说：“法律实际上是对法院判决的预测。”[126]由此而来的法理学、民法学、刑法学、行政法学、诉讼法学等学科的学问，便在于像律师那样，预测“法律的概念”“过错”“故意”“责任”“控辩”这些语汇的实际结果。

霍姆斯的发难，出现于19世纪末，但没过多久，便遭遇“法律科学”主流话语的全面批评，稍后归于沉寂。“法律科学”的主张者宣布，霍姆斯的第一个理由，以偏概全了。法院判决案件，有时的确“不太规矩”，但那是少数情形，不足挂齿。多数情况下，法院的自我约束堪称一流，它们非常自觉，对明确的白纸黑字的法律规则（“法律科学”通常说的也是这个）是尊重的。如此，怎能说“法律科学”描述的“规律”，是没有任何用处的？就霍姆斯的第二个理由来讲，就在当事人中也有虔诚的道德自律优良的“好人”存在。这些好人，并不算计利益得失，而是自觉守法，并且时常追问自己的良心。即使在律师之中，也不乏这类人。实际上，假如坏人多，好人少，社会的规则秩序早就崩溃了。依此而言，“法律科学”的外部立场，仍然有效。

应该这样说，对霍姆斯的批评有点道理，但，它毕竟是不到位的。霍姆斯话语的关键，是质问“外部立场”，或曰质问“法律科学”为何主张“外部立场”而放逐“内部立场”。

这里涉及“法律科学”的另一假定。一般来讲，这种“科学”相信，法律学问建立的出发点，是法律语汇的通常用法。[127]这是说，社会上对与法律有关的语汇的用法大体一致，比如，对“法律”“责任”“过失”等就是这样，就如同我们讲到“人”这个词时，大家总会对它有大体

的一致意见，比如，说它是“理性的动物”的意思。于是，在此基础上，即可建立“客观 ”“中立”的科学学问。可霍姆斯的质问包含着一个前提性的隐蔽质问：怎能知道在法律实践中，各类人可以大体一致使用这些语汇？真正的情形可能是，在法律实践中，由于社会角色和利益的不同，法律语汇的使用也会不同。如此，何来“客观 ”“中立”的科学学问？进而言之，主张“外部立场”放逐“内部立场 ”，在前提的层面上，同样是人为地建立“霸权”。

二

再讲对霍姆斯的批评。

那里提到过，“好人”是比较虔诚的。“法律科学”的支持者设想，“好人”不少，法院的大多数法官也是颇为自觉的，对“法律科学的原理话语”，不轻易放弃。既然如此，“原理话语”是会得到大多数人赞同和遵循的，因而，具有了一定的“客观性”和“中立性”。[128]

可是，好人和大多数法官的心态良好，这是否意味着，他们具有同样的 “法律和法律原理”的观念？如果有， “法律科学 ”的外部立场，兴许是仍能坚持的，如果没有，问题可就太严重了，因为，我们将不得不最终抛弃 “科学”的外部立场，而采取 “实践 ”的内部立场。说到这里，我们就要提到美国法学家德沃金（ RonaldDworkin）的理论。

讲起德沃金，我们先说一下他议论过的一个例子：英国麦克洛克林诉奥布莱恩索赔案（McLoughlinv.O’brian）。

麦克洛克林，是名妇女。一个下午，当时针指向 6点，邻居跑来告称，她丈夫和四个孩子在下午 4点发生了车祸。知道消息后，麦克洛克林很快赶到了医院。一进医院，她便得知一个女儿已经死去，并且，亲眼见到了丈夫和其他三个孩子血肉分离的惨状，由此，精神大

受刺激。原来，这车祸是一个叫作奥布莱恩的司机造成的。没过几天，麦克洛克林就把奥布莱恩告到了法院，要求他赔偿精神损失（其他损失的要求自然不在话下）。麦克洛克林宣称，以前的英国一系列法院判例表明，车祸造成的精神损失，完全应该获得赔偿，所以，现在的法院，一定要“遵循前例”，给她一个“安慰”的说法。

可这案子毕竟有点棘手。

因为，在麦克洛克林找出的一系列判例里，原告要么是亲眼看见了惨祸的发生，要么是在几分钟之内赶到了现场。比如，其中一个就讲，一名妻子就是在丈夫车祸死亡之后立即赶到现场并马上看到了尸体，所以，获得了精神赔偿。另一个讲，原告在火车相撞后立即赶到了现场抢救伤员，在抢救过程中，因目睹惨状而精神深受刺激，所以，才有了精神赔偿的判决。但是，在麦克洛克林的案子里，麦克洛克林是在两小时之后赶到的。这“两小时之后”和“现场 ”或“几分钟之内”，有没有区别？换个问法，麦克洛克林在两小时之后受刺激，是否足以使该案类似那些判例?

英国初审法院说，麦克洛克林的理由，不能成立。因为，“两小时之后”和“现场”或“几分钟之内”的区别，是颇为紧要的。那区别表明，麦克洛克林的精神伤害，对奥布莱恩来说，是 “不可合理预见的 ”，而在判例里，原告的精神伤害，对被告却是“可以合理预见的”。普通法（common law）的一个原则正是：疏忽行为者仅对自己可合理预见的伤害负责（因为经过正常思考可以预先知道会发生什么）。接着，初审法官大笔一挥，判麦克洛克林败诉。

到了上诉法院那里，法官维持原判。不过，这里的法官则说，对奥布莱恩而言，麦克洛克林的精神伤害可以合理预见。当麦克洛克林作为妻子和母亲，冲到医院，看到惨状中的亲人，自然会受到刺激。该案和那些判例的确有区别，但区别的理由，不在“两小时之后 ”“现

场”或“几分钟之内”什么的，而在“政策”问题。第一，可以看出判例确立了一些严格条件，来限制精神赔偿的范围。假如承认精神伤害的赔偿范围不受限制，包括那些没有或几乎不在现场亲眼看见的人，就会怂恿各种有关精神伤害赔偿的法律诉讼，使法院讼满为患，并使判决标准难以确定了。第二，诉讼数量和标准的失控，会叫真正在现场目睹事故而遭受精神伤害的案子，不易举证查清，如此，就会拖延赔偿的时间。第三，这还会给那些不诚实的人提供机会，令其寻找医生，来假证自己并不存在的精神伤害，从而不公正地加重被告一方的负担。第四，在大面上说，那还会增加社会责任保险的成本，使驾驶车辆和其他技术操作的价格上涨，从而使经济上拮据的人无法为此支付成本，并让人们颇为依赖的交通等技术，成为阻碍经济发展的因素。

二审下来，麦克洛克林还是不服。案子随之到了英国上议院。上议院的法官老爷，依旧维持原判。但，他们也拿出了不同的说法。多数人说，“政策”理由在某些情况下讲不通。因为，诉讼数量的增加，对法院审判不会产生严重影响，在麦克洛克林这类案子里，法院有能力区分真正的精神伤害赔偿请求和虚假请求。这些法官老爷提出这样一个问题：如果麦克洛克林的姐姐，在澳大利亚数星期或数月之后，听到悲惨消息而受到精神伤害，那么，她是否可以获得赔偿？答案是显然的：不能获得。另有少数持不同意见的人说，不应考虑什么政策理由，应该考虑“法律上的平等对待理由 ”。这是讲，如果奥布莱恩可以合理预见麦克洛克林的精神刺激，就不能用政策理由，驳回麦克洛克林的赔偿要求，而要用“平等对待”的原则，承认麦克洛克林和判例中的原告具有同样的权利。纵然讼满为患和社会责任保险成本的提高对社会整体怎样不适宜，都不能证明驳回麦克洛克林的请求，是正当的。政策理由，对立法有用，可它不是法院“法律推论”的一个理由，法院的“法律推论 ”，不应拒绝以往法律制度已经承认并且实施的法律权利和义务。[129]

三

在麦克洛克林案的三次审判里，能够清晰地发现，法官对什么是“法律和法律原理”有着不同的观念。初审法院以为，普通法的原则，才是法律和法律原理。上诉法院认为，政策的理由，才是法律和法律原理，而上议院有人则确信，“平等对待 ”，才是最根本的法律和法律原理。

于是，德沃金断言，当法官在审理案子时，他们经常是极为负责任的，属于“好人”那一类人。可这，不表明他们接受了同样的所谓“客观中立”的法律及法律原理，在发生争论的时候，尤其如此。德沃金提醒我们注意这样一些东西：第一，“好人”或自觉性特高的法官的背后时常没有利益的驱动，他们是在关注社会，以“匹夫有责”为己任，正因为如此才竭力为自己的主张作出确证（justification），但终究是“参与式地 ”而非“客观中立 ”地这样做；第二，他们争论本身就已时常表明，他们具有不同的一般法律观念，说到根子上，他们对基本的法律观念具有不同的意见，并不认定“法律科学”给出的原理话语是唯一的法律观念，因为，他们极为可能具有不同的政治道德信念。[130]

德沃金说，我们可以推而广之地将这种分析，运用到社会其他角色身上。这是缘于我们经常可以发现，不仅在法庭上，而且在法庭之外的社会上，人们时常都在争论法律问题。而这种争论的“潜流”，恰是相互对立、排斥、斗争的一般法律观念。[131]

既然如此，“法律科学”怎能将一个所谓的“客观中立”的原理话语，硬塞给一般人？法律争议中的各类角色，都在“积极地争夺 ”，而不是“客观地观察 ”，就算有时标榜自己是“客观中立的 ”，其实质也是在暗中鼓吹自己的从而压抑别人的法律话语。在这里，怎能出现一个所谓的外部立场？

有一问题也应说清。在麦克洛克林索赔案里，法官用来论证自己观点的那些“法律原理”，和某些书里讲的“法律原理”，正是一样的。有些书就讲，法律的基本道理就在于“相似情况相似对待”（法律的普遍性），而有些书则讲，法律的基本预设就在于“效益”（法律的经济目的）。因此，法官说的和书里说的，只不过在于“实践中”和“理论中”之间的不同。这般讲来，在法律争议中，“法律科学”号称的原理话语实际上照样可以成为法官用来证明自己观点的“实践话语”。所以，德沃金相信，在实践性的法律争议里，“法律科学”的原理话语也会“原形毕露”，最终还原为一种内部立场的张扬。

四

现在，将霍姆斯和德沃金的策略合而为一。

在打官司那样的法律争议中，坏人从不关心法学家所宣称的什么“法律科学”原理，他只想预测、只想知道，官司的结果到底是否有利可图，毕竟，长期的法律实践没有告诉他，法律真是不折不扣的“统一一致”，法院真是彻头彻尾的“规规矩矩”。而就好人（当然包括大多数法官）来说，尽管没有明确的利益驱动，他们也会在争论中互不相让，会在不同的政治道德话语操纵下，你争我夺，试图用自己的法律话语战胜他人的。因此，“法律科学”的外部立场，貌似客观中立，实际上要么被人冷落一旁，要么“自觉”地站在一方攻击他方。在坏人中是这样，在好人中也是这样。

其实，在法律争议中，参与者通常总可分为“坏的”和“好的”，如此，法学家想象的外部立场的“法律科学”，当然没有立锥之地。既然没有立锥之地，它的意义究竟有多大？“法律科学”家们，习惯于以自己观察理解的方式告诉被观察的那些人，法律如何如何，可后者在争议时照样我行我素。

霍姆斯和德沃金的意见是：抛弃外部立场，采用内部立场，将法学变为“积极参与”社会实践的“内部”学问。

另有一点补充。假如果真认为外部立场的“法律科学”可以“客观中立”，那么，在法律争议中，就会认为它所输出的原理话语是唯一的法律真理，从而就会“不合理地”甚至“危险地”压制其他的法律话语。而人们总还是可以看到，至少某些不同的法律话语，有存在的理由和意义。对于实际的法律生活，这是尤为重要的。

美国人手里的牛津大学法理学教授职位——德沃金的革命[132]

如果将法律明确规则背后的诸多法理、政策、目的、准则、精神之类的原则视为法律的一部分，那么，必须否定法律实证主义的一个纲领。这一纲领以为，通过某种以基本规则形式展示的确定标尺，可以将社会中的法律规范与非法律规范区别开来。[133]

在说英语的法理学世界里，牛津大学法理学教授的职位，恐怕是非常重要的。要命的是，那还是一个只能一人独享的位置，使得行内人心里非常明白：谁要是有幸受聘，必定是权威中的权威。

英国人大度，至少，从1931年开始的近七十年里，在三次教职易手的过程中，他们让一个半美国人出尽风头。注意，1931年至1951年，半个美国身份的古德哈特（Arthur Goodhart，生在美国，长在英国）担任教职；1969年至2000年，完全美国身份的德沃金担任教职；而仅仅在1952年到1968年的16年光景里，本土的英国人哈特（H.L.A. Hart）才担任了这个职位。

不过，说美国人手里的牛津大学法理学教授职位，是想单独谈谈那个德沃金。

德沃金，成名是比较早的。1931年，古德哈特已经踌躇满志成为法理学的教授，德沃金才刚刚出生。掰手指算一下，到1969年担任教职时，他也不过三十来岁。如果考虑一下教职遴选的商谈考虑过程，德沃金，起码应更早些时日就引人注意了。

一

在英国，“法理学”（Jurisprudence），是个特别具有绅士味道的滴水不漏的严谨法学语汇，不像“法哲学”（Philosophy ofLaw）这个词飘逸、“形而上”，或者，具有“宏大叙事”的品格。英国人喜欢进行“分析”。从边沁（Jeremy Bentham）开始，法学中的分析之风，便已逐渐显示出来。必须老实承认，正宗的一整套法理学话语，倒无一不是从边沁——当然还有他的学生法学家奥斯丁（John Austin）——式的“分析”那里起步、建构的。直到今天，世界其他地方——自然包括中国——的各类“法理学”，也无一不印有“分析”的标记。所以，牛津大学法理学教授的任务，起码主要在于传授“分析法理学”。而年轻的德沃金，也必须在这圈子里已有一番惊人业绩，才能令人刮目相看。

打开各类号称“法理学”的文本，可以看到法律的“概念”“特征”“效力”“实效”“权利”“义务”“责任”“制裁”“强制”等一系列可以在所有“亚法学”（如刑法学、民法学、行政法学……）里一以贯之的词汇。美国学者帕特森（Edwin Patterson）说，这些词汇，所讲明的是法学的（of）一般性问题，[134]那一般性问题的叙事，可叫“元法学”；还有一些词汇，像“正义”“公平”“社会”“民族精神”“道德”“政治”“宗教”“经济”“习惯”等，也时常环绕着“法律”一词，形成了一种“关系学”，比如法律与正义或法律与习惯或法律与宗教的关系。帕特森讲，这些用语，可谓是关于（about）法学的一般性问题。[135]将关系学叫“元法学”，也未尝不可。不过，业内人却常以为，前一种“元法学”冠以“法理学”，名正言顺；而后一种，用“宏大叙事”风格的“法哲学”称呼，可能更为合适。

这里，笔者无意在法理学和法哲学之间仔细区分，它们之间到底有什么区别，并不重要，而只想点明一处：它们在一般法学家的手里，都有一个共同的不易觉察的叙事出发点——有一个东西可以标明

法律的身份。这个东西，叫“尺子”可以，叫“标准”也成，反正可以用来切划法律家族的范围，并防止“家族类似”毫无节制地扩张，以至说不清道不明法律和其他社会存在（像正义、道德、经济、习惯……）的疆界，变得“老人”可以称作“小孩”，“猫狗”可以称作“鸡鸭”。显然，这里的“尺子”，或者“标准”（master test），又肯定是“法理学”自己的头等级别的紧要问题。牛津大学法理学教授，不能不讲这个问题。

翻翻以往西方学者的书，可发现各类有关“尺子”或“标准”的法理学话语。比如，边沁说，法律就是主权者的普遍性质的命令，谁不服从，便会遭遇制裁。[136]这是讲，“主权者从事一个制定行为”，正是一把“尺子”，或者“标准”，要想知道一些规则或规范是不是法律家族的成员，用它量一下，划一下，一清二楚。美国的弗兰克（Jerome Frank）说，边沁的讲法不可靠，自欺欺人；法院的具体判决，才是“尺子”。这意思是讲，只要法院宣读了一份判决，法律家族就“增加一名成员”了。[137]一般性的命令，只是“参考资料”。而奥地利的埃利希更有意思了，非说在主权者和法院的“命令判决”旁边，还有形形色色的生动鲜活的学校、工厂、俱乐部、商会、医院、乡间的民间规矩，或曰“活法”（lebendes Recht），它们也是法律。[138]这是讲，“尺子”不能太局限了，法律家族应该兴旺发达，大凡有规则的意思，就可接纳近来……

20世纪50年代前，这些法理学话语，的确使学界显得十分热闹。可那世纪60年代初，鉴于与上边那些“尺子”或“标准”话语类似或相左的话语太多元化了，简直到了“礼崩乐坏”的地步，牛津大学法理学的教职担任者，也即本土的英国人哈特，便站出来，力挽狂澜。他写了一本书，叫《法律的概念》（The Concept of Law）。学人以为，那是法理学经典中的经典。正是这个文本，启用了牛津日常语言分析的时尚技术（当时的），拿出了社会学的观察手段，[139]试图建立一个

“尺子 ”话语的霸权地位，而且，是在众人仰慕的“牛津法理学”的名义下，试图予以恢复。哈特成功了。从那以后，不仅英语国家，就连思辨气质浓重的一些欧洲大陆国家，也都尾随其后，相信《法律的概念》把法律的概念或说“尺子 ”“标准 ”，梳理得再清晰不过了。牛津大学法理学教授的职位，名副其实。

哈特将一个“认可规则”（rule of recognition），立为“尺子 ”。在人们的日常语言中，以及一些叫作法律文本的白纸黑字里，可以发现这样一些表述：“凡国家议会颁布的规则，即为法律 ”，“当且仅当出自议会或法院的宣告，法律才可确定 ”，等等。当人们心甘情愿想这些表述，或将它们讲出来的时候，就意味着他们接受了其中显示的“规则 ”。或者，即使没想没讲，而只是在行动“积极地”这么做了，那也如此。鉴于此，哈特宣布，在任何一个社会或国家里，应该而且能够找到这样一个规则，权且称为“认可规则”，它为大多数人，至少是官方世界所接受。[140] 所谓“认可”，是说该规则认可了“什么规则是法律家族的成员”。

这把“尺子 ”，自然和边沁、弗兰克和埃利希这些人的“尺子”不同，也可视为技高一筹。

不过，无论怎样，这些“尺子”理论，都应了前面提到过的叙事出发点：在社会人群中一定有这么一把“尺子标准 ”，即使没有，也可以通过意识形态工具在其中建立一个，用它，就可切划法律家族的范围。所以，我们在西方人那里，看到了建构“尺子标准”的一代又一代的、几乎达到忘我境地的不懈努力。就算哈特后来受到普遍的追随，那也终是一家之言。接下来，法理学的变革，只是呈现为“尺子标准”的层出不穷，险些，牛津大学法理学教授的任务，便在于清理剥离不同的尺子学说。

二

德沃金来了，他发现，那个叙事出发点是基本错误的，故而立志要正本清源。

先说两篇论文。1967年，《芝加哥大学法律评论》登了一篇叫《规则的模式》（The Model of Rules）的论文，作者是德沃金。次年，美国学者萨莫斯（Robert Summers）编了一个论文集，里面一篇叫《法律是规则体系？》（Is Law a System of Rules?），作者又是德沃金。[141]说来有趣，兴许是水到渠成，第三年也就是1969年，德沃金坐在了牛津大学法理学教授的职位上，直到2000年。

那两篇论文，意在瓦解“尺子标准”话语的叙事出发点，让我们注意这样一个要点：在社会中，经常没有办法用这么一个尺子标准规则（master rule），去划定法律家族的范围。无论是边沁的“主权者命令加制裁”、弗兰克的“法院具体判决”、埃利希的“凡规则即可说成法”，还是哈特的“认可规则”，都无法用来担当此任。因为，在“命令”“判决”“规则”背后，有着一系列的“隐身”的法理、原则、准则、精神、目的和政策之类的东西，它们在法律实践中，“该出手时就出手”，并且，有时相互“压抑”，相互“斗争”。它们也是法律的一部分，用“尺子标准”来划定它们，必是没有成效的。

用德沃金最喜欢的“埃尔默·帕尔默谋杀案”（Elmer Palmercase），来说明。

埃尔默·帕尔默，一百多年前纽约州的一个人物。他有个祖父。从案情看，祖父特别喜欢孙子。于是，我们便瞧见了当祖父的立下的一个遗嘱：死后财产大部分归帕尔默。可时隔不久，祖父试图改变自己的想法，让帕尔默深感不安，于是帕尔默便将祖父毒死了。案子简单明确，帕尔默亦供认不讳。刑事官司，是跑不了的。但尚有一问题摆在那里：遗嘱怎么办，帕尔默能否继承遗产？他的姑姑看不过去，就

告到法院，要求法院宣布帕尔默丧失继承权。可当孙子的继续“装孙子”，硬讲自己还有继承权。

说来也怪，一百多年前的纽约州有个《遗嘱法》，里边，什么都规定了，唯独没说继承人谋杀了被继承人如何处置，比如，是不是还有继承权（今天各国法律对此倒是都有规定）？法院觉得棘手。按说，遗嘱的形式要件和实质要件，无一不符合《遗嘱法》的规定，遗嘱，是有效的，既然有效就得执行。为此，法官格雷（Judge John Clinton Gray）和法官厄尔（Judge Robert Earl）激烈地争论起来。格雷说，刑事官司，对帕尔默已是惩罚了，那有法律的明确规定，而《遗嘱法》没讲要剥夺他的民事权利，判他丧失继承权，于法无据。厄尔不以为然，说：杀人还能得到遗产，简直天大的荒唐，即便法律没有明文规定，也必能找到法律的“根据 ”（ ground）判他不得分文。当然，还有其他法官参与了争论“对话”。最后的判决结果是：帕尔默被彻底剥夺了继承权。[142]

其实，判决结果是不重要的。重要的是判决理由。纽约州法院讲，在以往的许多法院的判例和许多制定法（ statutes）里，可以挖掘出一个法律的原则：不能因过错而获得利益。照这个原则，就可以断定帕尔默丧失继承权。

从法律推理上看，纽约州法院的思路是这样的：第一，在判例和制定法的明确规定背后，隐藏着一系列的法理、原则、准则、精神、目的或政策之类的东西；第二，这些东西，构成了判例和制定法的“背景根据 ”，这是讲，法院的具体判决，或立法机关的具体立法，都是经那里而来的；第三，既然是经那里来的，那么，以往的法院和立法机关在遇到帕尔默谋财害命这类伤天害理的事情时，定会根据“背景根据 ”，拿出一个相应的具体解决办法；第四，在“背景根据”里，既然

已经找到了一个原则— —不能因过错而获得利益，那在这个原则上，就可以像以往法院尤其立法机关可能做的那样，对帕尔默说“不”。

有一枝节问题，应先作交代。像“不能因过错而获得利益”这个原则（或其他什么法理、准则、精神、目的、政策的东西），在我们中国法学家看来，如果是地道的法律原则，就已经是见诸法律白纸黑字的文本之中了。中国时下的《民法通则》《继承法》等法律里，开篇就说了一些类似的原则性的东西。可纽约州法院或说德沃金喜欢的原则，有的已经白纸黑字化了，有的没有。德沃金尤为讲的是那些尚未文字化的“隐身”的原则，加上法理、准则、精神、目的或政策，等等。[143]

这里还有另外一个问题：怎样看待纽约州法院的所作所为?

在帕尔默的案子里，法院用的是没有文字化的原则。依着相当一些西方学者像前面的边沁和哈特的意思，那些没有白纸黑字化的原则、法理、准则、精神、目的或政策之类的东西，不是法律的一部分，说得专业一点，对法院没有法律的效力。法院愿意的话，就可以依照其来断案，不愿意的话，就可以将视线移向其他地方。如此，当纽约州法院运用其中的原则来说事的时候，是在自由裁量（atdiscretion，中国话是“酌情处理 ”），没有“依法办事 ”。按照我们中国法学家的看法，大体也是如此。当然，这是不得已而为之的事情。

但是，如此思考，就会遇到一系列的尴尬问题：为什么法院有这种自由裁量的权力？如果说，这是没有办法的办法，岂不放任了法院的“非正当性 ”？法院的法官，通常可不是民选的，这般又司法又立法，使得权力合一或僭越立法权，怎能容忍？[144] 另外，谁能计算得清楚，法院究竟是经常还是偶尔“窃取立法权 ”？如果事实上是经常，尴尬问题，岂不更为尴尬?

尤为紧要的是，这般思考，不仅会遇到一系列的尴尬问题，还会遇到一个叫法学家非常头痛的理路：如果在法律家族内，一下子将那些背景根据的原则完全排除掉，就有可能推出具体明确的文字法律规则和判例也不是法律的奇妙结论，可是，原本大家都承认它们是法律。为什么？因为，第一，可以发现古往今来的法院，有时像纽约州法院那样有点灵活（自由裁量），换句话说，它们有时用明确的法律规则或判例来断案，有时，却在规则判例之下，“挖地三尺 ”，找寻那些抽象的东西再来定夺。这是个事实。而且，以后的法院，还会我行我素。第二，法院有时“挖地三尺”与有时运用明确具体的法律规则和判例，没有实质性的区别，也许，只有多少的量的区别，而其实这也说不清。第三，既然有时法院可以不理会法律规则和判例，有时可以不理会抽象的东西，那么，前者和后者对法院来说，都是一回事，认定后者对法院没有法律的效力，也只得认定前者同样没有效力。由此而来的结论，就是认定后者不是法律，也只好认定前者不是法律。[145]

这个推论，当然不能赞为天衣无缝。但是，它的确可以叫人接受这个结论：法律规则判例背后的原则之类的东西，是法律的一部分。因为，谁也不敢斗胆否认，明确的立法规则和法院判例是法律的一部分。

有趣的是，知道其中的要害，还可以反过来化解前面一系列的尴尬问题。既然那些抽象的原则族类是法律的一部分，那么，法院运用其来说事，就不是在自由裁量，而是名副其实地“依法办事”。显然，普通百姓，不希望法院的审判可以缺乏正当性，尤其在法治的国家，怎能出现一个法院目中无“法 ”？现在，放心了，不管法官依照规则判例断案，还是“挖地三尺”以求原则来断案，都是自我克制的良好表现，“窃取立法权”一说，纯属捏造。当然，你可以讲这般化解是释放话语诡计，或说利用了意识形态策略，但是，也得承认，这么讲，也

没有什么不合适。在这里，“法治”可能正是稳稳当当。而原则那些东西，也只好是法律家族的成员。

这么看待纽约州法院的判决，行得通。

言归正路。

如果真把纽约州法院的审判这个事件视为“依法办事 ”，由此，将“隐身”的原则一类东西看作法律，那么，就会发觉，“尺子标准”的叙事出发点存在很大问题。

再看一下纽约州法院的判决。判决说：“不能因过错而获得利益。”作为许多具体法律规则和判例背后的原则，它也是法律。但，明眼人知道，此原则不是被法院“发现”的，而是被法院“挖掘”的。“发现”是说，用尺子或标准划一下、量一下，就可以找出来。而“挖掘”倒意味着法院要费一番心思，无法轻松而又便宜地看到一个原则在那里，就像在中国的《民法通则》或《继承法》开篇头几条那里，说有原则，就有原则。

问题的关键又在于，根据不同系列的具体法律规则和判例，可以得出不同的甚至相反的原则那一类东西。比如，有的法律规则写明了“未经业主同意，不得私下转租房屋谋取租金 ”，“不得谎报保险事故，以获得保险赔偿金 ”，“不得擅作主张动用合伙人的共有资金，谋取利润 ”，有的法院，过去也作出了一些类似的判决，于是，在这里，就可以 “挖掘 ”出一个原则：不能因过错而获得利益。另一方面，也有法律规则规定，“没有合理根据占有他人物业，经过一段时间，可以取得所有权 ”（古罗马《十二表法》第六表第三条就说：占有土地和房屋两年，其他物品一年，可因时效取得所有权），“债务人借钱超过一定时间，债权人又没主张权利，欠款可以根据时效不予返还 ”，

而有的法院，也有类似的判决。这样，又可以挖掘出一个相对的原则：可以因过错而获得利益。[146]

在这种情况下，纽约州法院，便必须为不同甚至相反的原则，大伤脑筋，要么选择一个放弃另一个，要么开辟新航线，挖掘另一路的新原则。[147]

所以，“隐身”的原则总是相互“压抑”、相互“斗争”，在法院那一边，它们变得而且只能变得“该出手时就出手”。[148] 而以往法学家设想的“尺子标准”，根本无法叫法院确定这类原则东西的法律效力，根本不能让法院把它们要么划在法律家族之内，要么之外，不能使法院说：被看中的原则东西是法律，而未被看中的不是。往深了说，纽约州法院，面对埃尔默·帕尔默案这类深浅难测的官司，不是也不可能参考一系列“尺子标准”的清单，来挑出个法律“原则”的说法，去裁断“当孙子的”继承权命运。相反，它一定要结合自己的一般法律观念、政治道德姿态，来选择确定哪个原则最为恰当。进一步的结论，也无法回避：不同的法官，像格雷法官和厄尔法官，可能会有不同的法律观念，价值姿态，于是，就原则东西而言，“尺子标准”永远被放逐了。

就说哈特“认可规则”这把尺子，用它来确定具体的规则判例的法律名分，自然不在话下。通过人们言行和白纸黑字的文本，能观察而无须“挖掘”就找出规则判例，而假如“认可规则”说，“凡英国议会制定的规则及地位高一点的法院的判例即为法律”，那么，用它划一下量一下，便可知道被观察的规则判例，是不是出自议会法院之手，随之，便可将其要么编入法律家族的名册，要么编入道德家族、宗教家族、礼仪家族乃至习惯家族的名册。像“遗嘱须经两位无利害关系人见证方有效”，就是一个可观察的规则，如果出自英国议会或法院的制定判决，是否具有法律名分，也就一目了然。

而对原则那类东西，“认可规则”就不行了。因为原则族类在法律家的眼中，时隐时现，有时，兴许从来都未被人陈述过。在埃尔默·帕尔默东窗事发之前，“不能因过错而获得利益”这等原则，就没被人讨论过。就算事后挖掘出来了，它也和可以用同样方式挖掘的“可以因过错而获得利益”这个原则，试比高低，彼此竞争。原则、法理、准则、精神、目的、政策等，在法律的体系中，有如钢筋铁骨一般，构筑着具体规则和判例的坚实基础和框架，又有如精灵一般，穿梭于法律家与法律具体文本的对话交往之中。“认可规则”，对它们，根本就是束手无策。[149]

就边沁、弗兰克、埃利希以及其他一切法学家的“尺子标准 ”来说，结果同样。

三

德沃金的瓦解行动，在此告一段落。结论是：在社会法律实践中，经常没有办法用这么一个“尺子标准 ”，去划定法律家族的范围。古往今来的一切“尺子标准”的设想，应该寿终正寝。而有了这样一个法理学内部的对许多法学家的叙事出发点的瓦解，牛津大学法理学教授的“牛耳”教职，便没有理由不转入德沃金的手中，即使，他是一个完全身份的美国人。毕竟，他的瓦解，是一场真正的法理学革命。

1969年，正像前面说的，“转入”事件发生了。

另有一点余话。“尺子标准”之类的话语，换成我们中国人的语汇来讲，就是叙述法律的定义概念和特征的理论。中国人当下的法理学，对所有研习法律的学子，首要的策略正在于告之如何把握法律本身的要素，如何圈定法律家族的范围。这实质上，是在学子心中，确立“尺子”的霸权意识形态。那种法理学的意思是讲：不论日后坐在审判席上充任法律的“使者 ”（法官），还是为当事人在法律上出谋划策

以赚“咨询费 ”（律师），时时都要有个 “尺子在我心中”。但，德沃金已经将其送入了历史博物馆。

法律话语与法律活动的关系——以中国的叙事为例[150]

修辞术是论辩术的对应物，因为二者都论证那种在一定程度上是人人都能认识的事理，而且都不属于任何一种科学。人人都使用这两种艺术，因为人人都企图批评一个论点或者支持一个论点，为自己辩护或者控告别人。[151]

本文，尝试用法律社会学的叙述方式、亚文学的通俗笔调，通过个案，来概括地解读一下中国法律实践中的法律话语。法律话语，在此，不单是一种出字成文的法学论说，更是一种在法律生活中自然环流于各类社会角色的思维与行为里的意识形态之潜流，或曰，“知识状态”。这种潜流，或者状态的形成，有文化中的文字符号（即一般的成文理论）的彰显左右，也有生活中的价值符号的暗中推动。对其做些解读梳理，兴许，有助于我们走到法律实践的背后，去挖掘、窥视、理解，直至揭露，其中隐而不见的真正内容，进而，最终反省人们“做出”的法律实践，以及法律实践中的人们自己，同时，去体验原本就是多元化的、而非一元化的中国法律话语。

法律话语，寄生于法律生活之中，在时间和空间两个向度上，每每漂浮于口述故事、隐喻神话、学人文字、日常行动、言语交流、事件变动等文化符号之上，时明时暗，自我张扬。这样，解读其中的路径、意向和关系，便要出入诸种文化符号，在文化符号中，建立“阅读”联系。

我将借助古籍中的各类叙述，点拨人物的细微活动，端出时下的种种陈说，甚至提涉发生过的事件的意义……其目的，在于凸现一种可能的话语构建，并指示一个信息：理论中的“理论”和实践中的“观念”，都是法律话语的操作运动。

一

清朝雍正年间，有一个官人，叫蓝鼎元。这个人，审案断狱，十分了得。蓝官人字玉霖，号鹿洲，也许特别喜欢自己的号，所以写了一本书，名为《鹿洲公案》。《鹿洲公案》记录了许多案子，这些案子里的“法官”，正是蓝鼎元自己。

在中国农村，田地，是最重要的，有句话说，“土地是农民的命根子 ”，讲的也是这个意思。有一个平民百姓，叫陈智，他有两个儿子，长子称作阿明，次子称作阿定。不知什么原因，陈智死得挺早的，于是，就留下七亩地给两个儿子。但是，为争七亩地，两个儿子，翻了脸，变了色。说来怪遗憾的，父亲还在世时，阿明阿定的关系友爱、亲善，少年时，一起读书，成人后，一起耕地，就算是各自结了婚，也是相互关照。可父亲这一走，兄弟之情却淡漠了。这都是被那所谓“命根子”的田地搅和的。

开始，乡里的亲戚、族人都来劝解，说：“你让一步他让一步不成？”两个儿子，就是不听，不听不算，还将“你争我夺”闹到了官府衙门。

在官府衙门，阿明讲：“这七亩田，是父亲留给我的。”讲着，便向知县蓝官人（即蓝鼎元）递上了父亲的亲笔手书，上面白纸黑字：“百年之后田产归长孙。”但阿定也不含糊，说这些田是父亲留给他的，并拿出“临终口头遗嘱”来作证，还说，有人可以作旁证。蓝鼎元觉得案子有点棘手，不过，稍过片刻，还是宣称：“你们都说得不

差，但是，这意味着责任在你们的父亲。谁叫他不作出一个一清二楚的决定？我只好开棺问他了！”兄弟两人听到这话，立刻面面相觑，无地自容。接着，蓝鼎元又是一通训斥：“田产比起兄弟亲情，实在是区区小事，为这等小事打起官司，值得吗？说来，让人寒心，你两个都是各有两个儿子的人，将来你们各自的二子长大，不像你两个那样争田就怪了！所以，为了日后安宁，我只好防患于未然，让你们各自只养一个儿子。阿明是长兄，留下长子，送走小的；阿定是弟弟，留下次子，送走大的。就这么定了。现在，命令差役押送阿明的次子、阿定的长子去收容院，卖给乞丐做儿子。”接着，蓝鼎元叫手下笔墨伺候，将收据存于案卷之中，随即喊道：“结案！”

阿明阿定一听，慌了。阿明说：“小民知罪了，愿将田产全部给予弟弟，永不计较。”而阿定，也是“痛改前非 ”，说自己绝不接受田产，愿哥哥享有田产的每一尺、每一寸。说完，两人抱头痛哭。可是蓝鼎元仍然摆着架子，非说二人不是真心实意的，并宣称：“即使你们有了这份心意，你们家里当妻子的那些人，也会鸡肠小肚，绝不让人。所以，你们先回去，看看妻子的意思再说。三天后，衙门见。”

就在第二天，阿明的妻子郭氏和阿定的妻子林氏，立即邀请族人头领陈德俊、陈朝义到了官府，要求和善解决案子。

而阿明阿定两个人，更是痛哭流涕，说：“我两个真是罪该万死，不知天理情义，叫蓝大人费了仁爱之心。今日，的确如梦初醒，追悔莫及。我们发誓，永远不争这份田产了，请准许我们将这份田产捐献给佛庙寺院。”可是，蓝鼎元得势不饶人，大声说道：“真是一对不孝之子！居然说出要将田产捐给和尚那些人，真该用大板教训一番才是！做父亲的流血、流汗，辛苦一辈子，才留下了这份家当，你们兄弟二人鹬蚌相争，叫那些和尚渔翁得利，死者九泉之下，能瞑目吗？照理说，做兄长的应该让弟弟，做弟弟的应该敬兄长，互让不行，就

要还给父亲。现在，这田产，只能作为祭奠你们父亲的资产，兄弟二人轮流收租祭祀，子子孙孙不得再起争端。这叫什么？一举多得！”

族人头领陈德俊、陈朝义，听了这番话，频频点头称是。而阿明、阿定、郭氏和林氏听后，也是感激涕零，“当堂七八拜致谢而去，兄弟妯娌相亲相爱……民间遂有言礼让者矣”[152]。

后来，蓝鼎元乐不可支地总结道：这案子，如果依着一般审判方法，就应该兄弟二人各打三十大板，将田地对半分开，三两句话了断即可；而现在，费了不少周折，婆心苦口，但毕竟是效果显著；你看，“此时兄弟妯娌友恭亲爱，岂三代以下风俗哉。必如此，吏治乃称循良”[153]。

二

可以这么讲，在“兄弟争田”一案里，能够解读出许多中国法律话语的叙事。现在，我们尝试解说第一个叙事。

阿明阿定为争七亩田，最后，来到了蓝鼎元坐镇的衙门官府。为什么来到官府？为什么非要蓝鼎元给个“最后的说法”？显然，他们相信，衙门官府，可以一语定乾坤。乡里民间有了纠纷，争议双方有时自己是无法解决的，在这种情况下，只有靠第三方拿个主意，公平了断才能作数。而既然有了衙门官府，那是再权威不过的象征了。他们深知这点。

此外，阿明阿定来到了官府，知道要举出最结实、最确凿的证据，证明父亲有个真实的意思，要将七亩田留给自己，而不是对方。这就表明，他们知道官府了断纠纷，是依据说一不二的“硬规矩”，也就是我们现在所说的国家法律。在蓝鼎元那里，他也说，依着一般审判方法，就应该兄弟二人各打三十大板，将田地对半分开。这也说

明，蓝官人头脑里也有一个国家法律的概念。虽说，蓝鼎元没有拿出具体的法律条文念一遍，但是，他知道，那才是含糊不得的官府规矩。官府规矩，当然有这样的意思：一份财产，如果谁都不能证明属于自己，则只好“一分为二”。

在这里，我们就遇到了古人和今人时常围绕法律这一现象而产生的两个意念：“官”和“书本里的法”。

说起来，在久远的时候，有一部古书，名叫《管子》，里面曾讲，每年的正月初一，百官都要上朝，听国君向全国发布法令，这就是：“正月之朔，百吏在朝，君乃出令，布宪于国。”[154]然后，主要官吏都要在太史（注：官名）那里领取法令典籍，当再次上朝时，在国君面前仔细研读每一条每一款。法令宣布后，在太史官府留底一份，其余逐一分发下去。主要官吏，拿到了法令的正本，还必须星夜兼程，将法令文本传给乡里民间的小官小吏，务必要使他们立刻知晓颁布了什么法律。否则，“谓之留令，罪死不赦”[155]。

接下来，就是法令执行的问题。《管子》说，法令公布后，必须当即执行，有不遵从的行为，“谓之不从令，罪死不赦”[156]。此外，还要仔细检查各级官府里的法令文件，看看它们和太史官那里的留底版本，是否一致，不一致的，一经查出，便要追究问罪。《管子》一口认定，不论什么事情，都要法令先行，正所谓“凡将举事，令必先出”[157]；而且，办事不符合法令的，即使卓有成效，那也叫“专制，罪死不赦”[158]。

概括来说，成文的规则规矩掌握在“官”的手里，就叫作“法”了。[159]

另有一部古书，人称《韩非子》，里面，说得更明白了：法律，就是写明在书本中的、放置于官府案台上的东西，这便是：“法者，编

著之图籍，设之于官府……”[160]

为什么法律和“官”有着密切联系？而且，还要写在书本里？

可以看出，依照《管子》和《韩非子》的意思，官吏是替君王做事的，他们，首先是遵从君王的意旨，而君王，当然有自己的权势和强制的力量，所以，一般官吏不得不服从。另外，一般官吏自己也是狐假虎威，有君王撑腰，官吏当然在服从强制的时候又运用了强制的力量，去震慑阿明阿定那样的小民。这样，要使法律真正有作用，就必须依靠蓝鼎元这一类的官员。于是，法律就和“官”，难分难解了。至于为什么要写在书本里，那是为了有案可查，免得阿明说阿明的，阿定说阿定的，使得规则毫无章法、混乱不堪，又让小人之类的腐败官吏暗钻空子。

将法律和“官”联系在一起，又将其和书本中的规则联系在一处，是我们中国人长久以来尤为熟悉而且习以为常的法律观念。许多人，觉得这是对法律现象恰如其分的描述。直到今天，打开各类讲述法律观念的书籍，还可以看到大体类似的说法。有两本很权威的书就说：法律，是由国家制定或认可的规范，而国家制定或认可，是说国家的立法机关或司法机关在那里制定或认可。[161]另一具有同样权威意思的书也说：法律和国家权力，有着不可分割的关系。[162]

“国家机关”是个现代用语，在古代，差不多就是指“官府”，其内里的这人那人，也就是“官”。说到国家权力，照样暗含着“官”的存在的意思。制定，当然是指把规则放入书本中去。这就将法律和“官”与书本中的规则联系在一起了。

三

讲“官”和讲“权力”，在另一方面，便是暗含官府衙门可以对其他人“赏”与“罚”。在“兄弟争田”的案子里，蓝官人就说过：依着一般审判方式，阿明阿定应该各打三十大板。在我们看来，如果真打了，便叫“罚”。假如蓝官人见兄弟两个和好如初，故而，一时兴起，宣布拿出银两若干以资鼓励，那么，我们就会看到“赏”。这里，涉及了中国法律话语的第二个叙事：法律的基本目的在于赏罚，尤其是罚。

古书《左传》，曾记录，春秋那个时期，有人奉劝郑国国君郑庄公要这样：凡事，不能客气，要用刑罚来纠正邪恶，而邪恶所以四处蔓延，就是因为没有严厉的刑罚。[163]换句话说，不论什么事，要把丑话搁在前面，有不听从者，大刑只管伺候就是了。而另一典籍《尹文子》说：法有四个等级，其中一个，就是指治理黎民百姓的法，它只要奖赏刑罚之类的东西就可告成。[164]《韩非子》说得更形象，为了制服老虎不去用笼子，为了禁止奸邪不去用刑罚，这是尧舜那样的贤明帝王都感到为难的事情；所以，设置笼子，不是为了防备老鼠之类的不足挂齿的弱小动物，而是为了让那些势单力薄的人，也能制服老虎，制定法律，不是用来防备那些知书达礼的贤士，而是为了使才能平庸的君主也能震慑江湖大盗那类谋反分子。[165]古代人，有时挺信“赏”的，所以，声言“赏一人而天下之为人臣莫敢失礼”[166]，而赏赐十分到位，平民百姓就会随之自我教化，自我教化的结果，就是根本不用“惩罚”这一着了。[167]

这便不奇怪，为什么《吕氏春秋》会一语中的：“赏罚，法也。”[168]

一说“赏罚”，我们也许容易联想到它是否来自日常的“家庭用语”。在家里，做父母的时常为了管教子女，嘴里总会左一个“赏”字，右一个“罚”字。子女小，不懂事，就算是长大了，在父母的眼里，也还是“稚嫩小子”“黄毛丫头”。孩子做事对了，父母便会小恩小惠（赏），孩子做事错了，父母就会拳脚相加甚至不给饭吃（罚）。当

然，“赏罚”是否真是来自家庭用语，实在无从考证。但是，有人说，在中国，尤其古代的中国，国与家有着特别类似的结构，“以天下为一家”[169]，“国者，乡之本也；乡者，家之本也”[170]。另有人更为有趣地说：

提到我们的用字，这个“家”字可以说最能伸缩自如了。“家里的”可以指自己的太太一个人，“家门”可以指伯叔侄子一大批，“自家人”可以包罗任何要拉入自己的圈子，表示亲热的人物。自家人的范围是因时因地可伸缩的，大到数不清，真是天下可成一家。[171]

所以，我们时常会听到古人提到官是“为民父母”的那些话。比如，有古人讲，天地是万物的父母，而君臣则是小民的父母；[172]能教会说的仁君，“民之父母”[173]。孔子说，“四方有败，必先知之，此之谓民之父母矣”[174]。而民国初年蔡元培先生也讲过，“一家之中，父为家长……以是而推之于宗族，若乡党，以及国家。君为民之父，臣民为君之子……”[175]这样说来，从家庭用语的角度去看“赏罚”，兴许是有趣的。

在这里，紧要的是，国与家的某种类似使人们无形中感到法律规定赏罚是一种再自然不过的事情。既然父母赏罚子女是天经地义的，那么，国家用法律赏罚臣民，也就顺理成章。在“兄弟争田”的案子里，当阿明阿定自悔不仁不义，说要将七亩地捐给寺庙时，蓝鼎元吹胡子瞪眼，说“居然要将父亲的辛苦财产捐给秃和尚，真该大板教训一番才是”，这分明表现了蓝鼎元那类官吏自认为，像父母那样惩罚兄弟两人一下，没什么不应该，没什么不可以。蓝鼎元和阿明阿定之间的位置关系，与父母和子女的关系，真有点相似。

还应注意，这相似的背后，更有一个重要的观念：法律是自上而下的统治工具。这便是，“故法者，治之具也”[176]。在家里，父母从来都是“居高临下”的，“统治”不敢说，起码是“管教”。

但无论怎样，子女对父母“须仰视才见”。到了国家，百姓对法律及其背后的权力阶层，也是“须仰视才见”。这是“家长主义”。如果再将“官”的观念和“赏罚”联系起来，更可以体会这里的观念，何等重要。直到今时，我们许多人都以为，“工具的说法”是理所当然的。有书讲：法律，“首先是确认、保护和发展对统治阶级有利的社会关系和社会秩序的工具”[177]。另有书讲：

……法不单纯是调整的问题，还包括控制的问题。……法所调控的对象是人们的行为，是社会关系。它与别的调控不同，其调控的主体是国家，调控的方法有三种，即允许为哪些行为、禁止为哪些行为、必须为哪些行为。……法律在调控中不仅规定了行为模式，而且明确规定法律后果，既有制裁的后果，也有奖励的后果。[178]

四

现在可以提出这样一个问题：为何法律要成为一个统治工具？换个问法：为什么要让蓝鼎元那样的官人，去用赏罚的手段，来管教阿明阿定以及他们老婆那样的小民？这个问题，很重要。

有些古人这般回答：不这样不行，因为，国家里有个“公”与“私”的区分。法律是为了保护“公”的利益，而不是“私”的利益。为了保护“公”利益，只能依靠强制的手段，因为，“私”利益从来都是各不相同的，依了“私”利益，就会天下乱套：“私义行则乱，公义行则治，故公私有分。”[179]而法律的首要功能，便在于压抑私欲。[180]“夫立法以废私也，法令行而私道废矣。私者，所以乱法也。”[181]

至于在古人的眼里，什么是“公”，什么是“私”，我们读些故事、传说、文人文字之类的东西，再议。

典籍《吕氏春秋》说，远古时代，尧有十个儿子，但尧不将天下传给儿子，而是传给舜，这是“公”了；到了舜的年月，舜有九个儿子，可舜偏偏不将天下传给儿子，倒是传给禹，这也是“公 ”了。[182]这古书，还记载，春秋战国那个时期，有个国君问大臣：“南阳没有县令，谁可以去当县令？”大臣答：某某可以。国君又问大臣：“这人不是你的仇人吗？”大臣答：“国王您是问谁能担当此任，而不是问谁是我的仇人。”国君说：“答得真妙。”接着就用了那人当县令。一般百姓知道这事后，都拍手叫好。过了一阵子，国君又问大臣：“国家没有尉官，谁可出任？”大臣答：某某可出任。国君说：“这人不是你的儿子吗？”大臣答：“您问谁可出任尉官，没问谁是我的儿子。”国君又说：“答得真不错。”便派这人做了尉官。一般百姓知道后，依然好评如潮。这古书最后说：大臣真“可谓公矣”。[183]

相传墨家学派有个人物，住在秦国，其儿子不争气不说，还杀了人。秦惠王对这墨家人物说：“先生年纪大了，又没有别的儿子，此事，就算了。我已下令不予追究。”但那人物硬是“大公无私 ”，说：“墨家的家法是‘杀人者死，伤人者刑 ’，禁止杀人伤人，此乃天下之公理。大王虽说已下令饶了他，但我不能不执行墨家的家法。”说着说着，他就杀了自己的儿子。《吕氏春秋》给出了一个评论：这是申明“大义……可谓公矣”。[184]

汉安帝那个时期，有一冀州刺史叫苏章。苏章为人公私分明，从来以为朋友是朋友，公事归公事。其一朋友，在清河做太守，做下不少伤天害理的事情。苏章知道了，便琢磨先私后公，将朋友最后“以公了断 ”。一日，他让朋友请客，酒席之间，两人畅叙平生友谊，并且时而潸然泪下，可朋友依然不明日后的命运，“私”心膨胀，居然说出“人皆有一天，我独有二天”的言语，意思是苏章可放他一马。苏章只好言明：“今昔苏儒文与故人饮者，私恩也；明日冀州刺史案事者，公法也。”果不其然，第二天一到，苏章将这朋友拿下，在官府治

罪了事，叫“州境肃然”。[185]这故事，是将墨家杀子传说的意义，从亲情挪到了友情。

有趣的是，《韩非子》还写道：前人造字的时候，特别将围着自我转来转去的做事说话叫作“私”，将有意把自我开放的言行举止叫作“公”，“公”和“私”，打一开始，就是水火不相容的，它们代表了两种利益。[186]而《慎子》直接说：法律，是为了叫人们的行为整齐划一，这是天下共同的利益；兄弟骨肉可以受刑，亲族戚属可以残灭，但法律却是不能含糊退缩的。[187]《管子》把这说得更明白：“夫法者，上之所以一民使下也；私者，下之所以侵法乱主也。”[188]

说来说去，“兄弟争田”案子，涉及了中国法律话语的第三个叙事，这便是强调法律是为了“公”的，而不是为了“私”的。阿明阿定因争田告到了官府，蓝官人当然不能不管。可蓝官人说，你兄弟二人太不明白事理，因这区区几亩地，彼此大动肝火，本应三十大板伺候。这言下的意思之一，是说：如果人人都这样争来争去，哪有乡里民间的“安定团结”？乡里民间的“安定团结”，正是一个秩序，而秩序就是“公”。所以，法律做到了“大公无私”，那么，“民安而国治”。[189]

当今的中国人，也喜欢讲法律是为了“公”。有书称：“法是由统治阶级的共同利益所决定的，而统治阶级内部各个个人与这种共同利益相冲突的个人利益，是被‘舍弃’的。”[190]

五

当然，有人可能以为，阿明阿定最初来到蓝官人的衙门，并不是为了“安定团结”，或说为了“公”的目的。他们只想要官府了断那七亩地的归属。假如蓝官人认定，田地应该归阿明，或者阿定，那么，这就满足了其个人的利益。如此看来，官府的法律判决，倒不一定是为了“公”。有时，那还是为了个人的权利，或曰“私”。

不错。但是，要注意，中国法律话语尤其古人的法律话语，讲个人的所有权总是为了拐弯来讲“公”的问题。而且，实际上，更准确来说，其中的观念并不是指现代西方人理解的那类纯粹的个人权利，而是指人与人之间，必须“定分止争 ”。蓝官人说过，阿明阿定之间不要争来争去。这么说，不是因为蓝官人认为阿明阿定各有各的个人权利，而是因为他认为，争来争去对大家谁都没有好处，而且，乡里民间还会乱了。所以，为了防止纠纷，才需确定应该给谁七亩地。这种观念的骨子里，是“防乱”两个字。

当然，话是这么说，这里毕竟涉及了“兄弟争田”中的另一个中国法律话语的叙事：法律的直接作用之一是定分止争，正所谓，“律者所以定分止争也”[191]。

看两个有关“市场上的兔子”的讲法。

《慎子》这本古书讲，如果一只兔子在大街上乱跑，肯定会有一大群人在后面追赶，谁都想抓住兔子，归己落袋。这群人，当然包含了贪得无厌者。不过，人们不会对此说三道四，因为，兔子到底是谁的，并不清楚。反过来，在集市上就有所不同，那里的兔子一堆又一堆，不仅没人去抓，而且没人去看（想买兔子的人当然例外），许多人，甚至觉得看一眼都是白费力气。这是什么缘故？显然，不是因为人们不想要兔子，而是因为兔子已经有“主人”了。所以，就是再贪婪的人，也不想去你争我夺。[192]古书《商君书》里也讲：野兔奔跑，百人追赶，不是因为野兔可分为一百份，而是因为“名分”说不清，而卖兔子的人充满集市，盗贼到底是不敢动手，因为“名分”一清二楚。所以，如果法律不讲兔子是谁的，别说一般人，就像尧、舜、禹、汤那样的圣人，照样如奔马一样追着兔子跑。[193]

在《尹文子》这本古书里，记录了一个古人的类似说法。那古人说，天下有才智、有能力的人，没有一个愿意待在家里的，不会因

为“老婆孩子热炕头”，就心满意足；他们一定要不辞辛劳直奔诸侯的朝廷，求得一官半职。为什么，因为，有利益在引诱着，而且自己的“名分”不清。相反，已经在诸侯朝廷上做官的人，却都希望自己能做卿大夫就成了，并没有欲望超越本分去做诸侯，这是因为，“名分”已定，利益也得到了大致的满足。[194]

自然，我们会认为，事实上做卿大夫的也想最后成为诸侯，因此，那古人只是讲对了一半。可是无论怎样，“名分”定下来了，总会有个约束机制在那里发挥作用，让已经做官的人，老实一点，这也是真的。难怪《荀子》就说，法律禁止捡拾别人遗失的东西，这是憎恶人们习惯于贪得非分的东西。所以，说清这是你的、那是他的，人人都会相安无事，而不说清楚，就是只有一妻一妾的家庭也会纷乱不安；换句话说：“无分义，则一妻一妾而乱。”[195]

到了民国初年，梁漱溟也讲：

“法律”这东西怎么讲？它就是要把这个权那个权规划订定明白。比如说：我能如何，你能如何，我不能如何，你不能如何，把这些弄明白，划分得清清楚楚，这便是“法律”。有了法律，彼此之间再有什么交涉，有什么纠纷冲突，便一概归法律解决了……[196]

这里，还有另外一个问题。定分止争，不单是就阿明阿定之间的民事纠纷而言的，有时，它还是“刑事”问题的出发点。这是讲，如果蓝官人判决七亩田归阿明所有，定了分，可阿定事后依然想方设法强占土地，并且这么做了，那么，蓝官人就要给阿定治罪惩罚。在古籍《列子》里，可以看到一个有趣的关于“偷盗”的故事，讲的就是这个意思。

春秋战国那个时期，齐国有一世族，人称国氏，特别富有。宋国有一世族，人称向氏，特别穷困。一天，向氏家族的一个人专门来到

齐国，向国氏请教发财的诀窍，国氏一家族人说：“我的绝活儿就是‘偷盗’。头一年偷时，仅仅够一年用的。第二年偷时，有点富了。第三年再偷时，已经大大地阔起来了。打这以后，就连本乡本土的穷人都要靠我来施舍救济。”向氏家族的那个人一听，异常兴奋。但是，他并不知道国氏家人到底偷了什么东西，只是认为，“偷”肯定就是一般所讲的“偷”。于是，他爬墙打洞，眼到之处手到之处，无所不偷，岂料，没过多久，便被官人拿捕，不仅关了数日，而且自己本身已有的财产也被充了公。

向氏家人想不明白，为什么国氏家人偷了东西不仅富了，而且“安然无恙”？他觉得，一定是国氏家人捉弄他，没教“偷”的绝活儿，接着，便去国氏家里大吵大闹。国氏家人问：“你是怎样偷盗的？”向氏家人将自己偷盗的情况一一描述。国氏家人说：“咳！这种偷法就错到家了。告诉你吧，我是偷天的寒暑冷热，地的肥沃宝藏，来使禾苗百谷生长，各种作物收割，并且建造了我的围墙，盖起了我的房屋。我得到的飞禽走兽、虾蟹鱼鳖，没有不是‘偷’的‘盗’的。不过，你应当晓得，禾苗百谷、树木泥土、禽兽鱼鳖，都是自然的产物。它们根本不是个人所有的财物。偷它们，能出事儿吗？能犯罪吗？至于金银珠宝、珍品古玩、粮食钱财，那是别人自家的财产，偷这些东西不犯事儿就怪了！”[197]

向氏家人是否太蠢了，我们不去管它。这里，我们只应注意，国氏家人讲到了有些财物是别人自家的，偷了就会犯事，这便是说，有些东西“定了分”，定分之后还去侵犯，就该刑罚伺候了。而那些没有“定了分”的自然之物，就没有这个问题。所以，中国法律话语讲“定分止争”，既想说明“你应有我应有”的问题，又想说明“你不得偷我的”问题。正像今人所抽象地说的那样：“法是对已有的或可能有的权利义务关系的认可。”[198]

六

定分止争，是讲法律的一个重要作用。可是，确定了“名分 ”，照样会有纠纷和犯罪。应该这么说，阿明阿定争的那七亩地，本来是有“名分”的，但兄弟两个，还是争了起来。争了起来，而且闹到了官府，蓝官人于是就要拿出个说法。拿出说法依据什么？首先是法律，其次还有证据。所以，阿明阿定一进官府，便争先恐后地推出自己的证据。阿明说，自己有父亲的亲笔手书；阿定说，自己有证人证明父亲说过的话。对此，蓝官人就要断定是非曲直，而且，要有根有据地公平断定。

这里涉及中国法律话语的又一个叙事：法律是公正平直的。

在古时的《春秋》这本史书里，讲述了一个动物断案的故事。故事谈到，齐国有两个做官的，因为一点小事打起了官司。这官司本来不太复杂，可是不知怎的一打就是三年的光景，搞得狱官始终没有办法裁断是非。齐庄君听说后，心里很烦，一气之下揣摩将两个臣子杀掉定案。但是，他也犹豫，担心都杀了会冤枉其中一个好人。过一阵，他想还是将两人放了算了，可又担心，这一放会放掉了恶人。最后，齐庄君命令别人牵一头羊过来，对两人说：我现在把羊杀了，将羊血洒在神坛前的一条小沟里，你们二人就在神坛前老老实实地念自己的誓词，不得说谎，否则死羊会有所表现的。两人答应了。当第一个人念完了自己的誓词，一切照旧，什么事没生。但是，当第二个人念誓词念到一半时，死羊突然跃起，用自己的角将其当场刺死。案子就这么结了。[199]

这种断案方式，在今天看来，是莫名其妙的。死羊突然跃起将人刺死，也是不可信的。就算死羊可以跃起刺人，有人也肯定会说，谁能知道这死羊究竟刺死了好人，还是恶人？说不准死者正是冤枉的。所以，齐庄君用死羊来了断案子，不过是无可奈何地用这来为自己找

个不是断案理由的断案理由。但是，在这里，重要的不是案子结得是否准确无误，而是古人相信，像羊那样的动物，可以判断“誓词讼词”的真伪。

说起羊这类动物去断案的事情，有人就会想到以往古人经常提到的一个动物的名字：“独角兽”。有意思的是，“独角兽”这个动物符号，在中国古代，象征着法官的法律审判。

汉代王充，写了一本书，叫《论衡》。里面说：有一种很像羊的独角动物，本性就知道谁是有罪的。在尧舜时代，著名的大法官皋陶审案子时，只要遇到特别棘手的疑难怪案，就牵独角羊过来，叫它来断定谁是有罪的，而独角羊对有罪的人就用角去触，对无罪的人则毫无反应，因此，十分公正。[200]当然，《论衡》是一本不信神、不信鬼的书，对所谓的羊类“独角兽”能否真的刺中有罪之人，将信将疑。它说，皋陶用“独角兽”来断案，为的是叫别人害怕而不犯事，叫“受罪之家，没齿无怨言也”[201]。

刚才讲过的齐庄君审案的故事，其发生的地方，就是今天的山东一带，而这个地方，恰巧是尧舜时代大法官皋陶的故乡。古人一提法律的公正审判，就讲这个皋陶，就讲像羊的那个“独角兽”。

不过，“独角兽”到底是不是羊那样的动物，古人似乎各说不一。有人讲，“独角兽”其实是像牛那样的动物，“独角兽”头上的角“似山牛一角”[202]。有人讲，那怪兽既像牛也像熊，这就是“如牛，一角，毛青，四足似熊”，它见人相互争执时，就会用角去顶刺不对的人，换句话说，“见人斗则触不直”。[203]还有人说，“独角兽”像鹿，另有人讲，像麒麟……

不管是什么动物，反正古人都以为，“独角兽”，正是用来判断是非曲直的。

有点奇妙的是，“独角兽”在西方文化中，也是一个具有象征意义的动物符号。有人告诉我们：

“独角兽”是西方神话传说中的一种动物，它像马，或小羊，额头上有一只美丽的独角。这一形象最早出现于美索不达米亚的绘画中。[204]

有一位意大利学者讲，欧洲人总是相信存在着一种叫作“独角兽”（unicorn）的动物，它看上去像一只独角白马，性情温顺。但是，经过多次周游西方世界后，欧洲人认为“独角兽”不大可能生活在西方，它倒是应该生活在一个奇特的异国。当年，马可·波罗（Marco Polo）游历中国，就相信它在中国才应有个“家乡”。可是，马可·波罗在中国最终没有发现“独角兽”的踪迹。只是在回国的途中，他在爪哇岛那一带，看到了生活在水中的一种像“独角兽”的动物。这种动物后来经辨认，不过是今天被叫作犀牛的一种独角动物。[205]

被叫作“独角兽”的动物，后来，“在西方一直是幸福和圆满的象征”[206]。

说到西方人对“独角兽”也是津津乐道，可能说得远了。而且，西方人以为那动物表达的不是法律而是“幸福”的意思。不过，在此对比一下，兴许还是有意思的，毕竟，西方人也谈法律的公正平直，而且，不以动物来表达这里的公正平直。当然，另有一点我们大家也是应该知道的。这就是，美国费城一位雕塑家1962年铸造了一个“独角兽”的青铜像。这个青铜像，放在了美国宾夕法尼亚大学法学院。有人，在青铜像上，刻上文字，说这就是在古代中国的可以辨别罪恶与无辜的“独角兽”，还说，皋陶审案的时候，牵来的正是这个动物。[207]显然，这是告诉美国法学院的学生，在其他文化中，“独角兽”又有了法律上的公正平直的意思。

现在，我们回过头来再看它在中国的独特意义。在中国古文中，“法”字最初有个特别的写法，即在三点水的右边不是一个“去”字，而是一个“廌”字，在这个字底下才加个“去”字。而“廌”那个字，指的就是“独角兽”那类动物。这般看来，“法”字本身，就和“独角兽”的隐喻有着密切联系。有时，古人说“法”，就会想到“独角兽”，说“独角兽”，就会想到“法”，接下来，讲到“法”，还会想到“独角兽”公正平直地断定是非的传说。

可以这么认为，“独角兽”见着不对的人或有罪的人，就会“公正地”用角去顶触。而“法”字和这个看法有个“联想”的关系。这，显然是话语环流的一个侧面。由此，在中国法律话语里，法律的一个意思，便在于公正平直。

七

刚才提到过，在某些人看来，“独角兽”头上的角，“似山牛一角”。这种看法和东汉一个叫许慎的文人有着密切联系。“似山牛一角”一说，就见于他写的《说文解字》。但是，从中国法律话语的角度来讲，《说文解字》里的另一段话更为重要：法律这东西，可谓“刑也，平之如水，从水”[208]。“平之如水”，当然是指“公平无私”的意思。“刑也”是什么意思？那是指“刑罚”的意思，大体而言，就是指今天法律的一种——刑法。这段话合起来解释，就是：“法律是公平无私的刑罚。”

无巧不成书，在中国人记载的历史中，最早的几部用文字写下的法律，差不多都带有“刑”字，或者基本内容都与“刑”有关。像春秋战国那个时期郑国人搞出来的“刑书”、晋国人搞出来的“刑鼎”（将法律文字刻在鼎上），就带有“刑”字。而稍后的魏国人李悝，编纂出一部有名的成文法典，叫《法经》，里面分为六篇：“一盗法、二贼法、三

囚法、四捕法、五杂法、六具法。”[209]这六篇的内容，差不多都和“刑”有关。不然的话，就不会用“盗”“贼”“囚”“捕”这几个字了。

如果说得更早一点，《左传》则记述了以“禹刑”来统称夏朝法律的故事。所以将夏朝的法律叫“禹刑”，是为了纪念“大禹治水”传说中的禹这个杰出祖先。但是，它的出现，毕竟是为了镇压和惩罚，这便有了“夏有乱政，而作禹刑”的讲法。[210]西汉有人说，夏朝的法律总数没多少，可刑罚至少不下三千条。[211]而东汉的郑玄，为《周礼》作注解时，更精细地讲，夏代的法律里面有死刑两百条，毁坏生殖器五百条，凿去膝盖骨三百条，割掉鼻子一千条，在犯人脸上或额上刺刻并涂墨一千条，加起来正好是三千条。[212]至于“禹刑”是否真有这般残酷，充满了刑罚，而且刑罚数目恰在三千左右，则不得而知了。但是，它基本上属于刑法那一类的法律，倒是无可置疑的。

将“法”的意思和“刑”的意思联系在一起，是古人法律观念的一个潜意识，正如美国汉学家费正清所说：中国古代，“很少甚至没有发展出民法保护公民；法律大部分是行政性和刑事的，是民众避之犹恐不及的东西”[213]；也像梁启超所说的那样：“古代所谓法，殆与刑罚同一意义。”[214]梁启超解释说，古代社会里的政治，除了“祭祀斗争”，最重要的莫过于对簿公堂了，而那时，并没有什么所有权的制度，婚姻那类事情，也是随着习惯，所以，民事官司少得可怜，刑事官司，比比皆是，对于“法”也只有这样认识了。[215]有意思的是，作为民国初年著名学者的梁氏，最后，也不知不觉地接受了这个潜意识，神差鬼使地断言：“对于破坏社会秩序者，用威力加以制裁，即法之所由起也。”[216]

在这里，要紧的是“法即刑、刑即法”的观念，大致成为中国传统法律话语的一个重要思路。虽然在后来的法律观念中，没人再去这么坚持这些字眼，可在各种各样的论说中，暗暗输出了这个意思。比

如，许多人都讲，法律就是强制性的东西，它和道德不同，道德是“温良恭俭让”，而且凡事都以“苦口婆心”为能事，而法律就是板着面孔、拿着威吓，触犯了它只能是遭遇残酷的结果。有书讲：“法律规范是有国家强制力保障的规范。这是法律规范区别于其他社会规范、技术规范的重大特点……一种规范如果没有国家强制力的保证，如果违反了这种规范可以不受国家法律的制裁，那么这种规范就不是法律规范。”[217]另有书类似地说：“法是由国家强制力保证实施的，尽管不同性质的法，保障其实施的国家强制力的性质、目的和范围不同。任何法想要成其为法和继续是法，国家必须对违法行为实施制裁。”[218]

讲法律的强制性，是说法律的基本特点正在于暴力的恐吓，谁不服从，便会遭遇恶果。看上去，这里的意识，似乎和“刑”的观念有着千丝万缕的联系。

说回蓝鼎元审理的“兄弟争田”案。在这案里，虽讲案子本身是个争田的民事纠纷，可是蓝官人还是在头脑里想着：照过去的规矩，这类案子，应该对阿明阿定各打三十大板，然后，将田切开一半分给二人作数。这想法，意味着蓝官人已经将法律审判视作不折不扣的强制“工作”。换句话说，既然案子到了官府，官人就要威风凛凛，显示法律的强制威严。这，自然是“法即刑”的观念暗中操纵的结果。

谈到此处，我们可以看到中国法律话语的又一个叙事：“刑”是“法”的一个缩影，而“法”则是“刑”的克隆（即无性繁殖）产品。

八

“法”的观念和“刑”的观念有一种密切的关系，这是中国法律话语的重要叙事。可在“兄弟争田”案里，读者会发觉，蓝官人最后还是以“和为贵”的方式解决了纠纷。他本可以用“刑”的观念来了断案子，但是，没有这样做。他说，阿明阿定因为七亩地的区区小事打官司，

真是得不偿失，田产无论如何都不能和兄弟之情相比。言外之意，是说人活在世上，最重要的不是什么钱财，而是情义。蓝官人还婆心苦口，要兄弟两人好好想想自己的孩子因为财产而大闹一场，那么，他们会做何感想。后来，兄弟两人真是你谦我让，使案子结得圆满和谐。最终，蓝官人自己也是自鸣得意，相信这样才能叫百姓静心守法。另外，要注意，在断案的过程中，蓝官人又说了：做哥哥的应该让弟弟，而做弟弟的应该敬哥哥。这意思是讲，“上下关系”也要摆正才是。

为什么蓝官人会如此了断案子？为什么本可以快刀斩乱麻，他却偏要给自己找一堆“婆婆妈妈”的事来做？有人会讲，这是少见的“父母官 ”，为人负责。不过，这样看问题有点简单了。其实，这里涉及中国法律话语的一个独特叙事：法律应该寻求一种社会原有的和睦与秩序。

说起“和睦 ”，从远古那个时期，人们办案就对它情有独钟。《列子》里讲过一个“法官 ”（古代判案的人不叫法官，这里只是借用一下这词）办“鹿”案的故事，谈的正是这个问题。那故事说，春秋战国时期，郑国有个人，到野外去砍柴，砍着砍着，发现一只惊慌乱跑的鹿，经过三下两下的“收拾 ”，便把鹿打死了。可他得了一只鹿，又怕别人看见，于是，就将鹿藏在一个没水的池塘里，用芭蕉叶盖上。由于太激动太兴奋（恐怕是鹿挺难得到的缘故），没过多会儿，自己居然忘掉了将鹿藏在哪里。这一忘不要紧，搞得他认为打死鹿和藏鹿都是自己的一场梦，一边走，一边不断地念叨这事情。巧的是，旁边有人听到了。那旁人便循着他念叨的线索，把鹿扛走了。

第二个得鹿的人回到家，对自己老婆说：“太妙了！今天遇到一个柴夫，他说梦见了一只鹿，却不晓得到底藏在哪里，好像是这里或那里的。我依照他说的意思，真找到了一只鹿。 ”但是，老婆是个精明

人，说：“你要分清楚，是你梦见柴夫打死了鹿，还是真有那柴夫在说梦话。现在的紧要之处，在于你真得了一只鹿，可那是不是你的梦变成了现实？要知道，如果是你梦见的，那么鹿是你的，如果真有个柴夫，鹿可就是柴夫的。打起官司，这是十分关键的事。”当丈夫的没有更多的鬼心眼儿，故而说：“反正这鹿在我手里，谁在做梦又有什么紧要的？”

再说那柴夫，丢了鹿，当然心里很是不平衡，回到家里左思右想，认准自己没有做梦，的的确确打死了一只鹿。想完，他就睡觉了。岂料睡着睡着，柴夫真的做起了梦，梦见藏鹿的确切地方，而且梦见他认识的一个人——即将鹿扛回家的那个人——现在正将鹿放在那人自己家里。第二天，按照梦中线索，柴夫很快地到那人家里找到了鹿。于是，两人立即你争我夺起来。

这一争，便来到了“法官”面前。法官说：“柴夫，你的确打死了一只鹿，可后来又是凭梦中线索找到了那人，怎能说明那人手里的鹿一定是你打死的鹿？至于你（即家里放着鹿的人），你老婆说你是梦见柴夫打死鹿的故而找到了鹿，可你自己却说可能是梦见的也可能是听见的，如此，怎能证明鹿一定是你的？我看算了吧，鹿，一人一半！大家低头不见抬头见，以后还需彼此照应，和和气气，比什么不强？”于是，鹿便被割开了。[219]

在今人看来，“鹿”案里的“法官”，与其说是“和睦”结案，不如说是“和稀泥”，哪能这般“模糊”断案？但是，古人却以为，法律审判的目的，并不在审判本身，而在审判之外。这之外，固然有个“公正平直”的追求，可也有个“和睦相处”的重要。而且，更需得到的正是“和睦”。其实，就在当下的某些国人看来，古人的想法，也不是一无是处。“理想的社会必定是人民无争的社会；争讼乃是绝对无益的事情；

政府的职责以及法律的使命不是要协调纷争，而是要彻底地消灭纷争。”[220]

中国人讲“和睦”，不免要讲到社会的原有秩序。这弦外之音，是讲国家法律那东西，是人强加给社会的，而社会本身，自然而然就会形成一种特有的和谐规矩。比如，在家里，父母生养子女，兄姐照顾弟妹，而待子女长大父母衰老，弟妹强壮兄姐力微，子女又要赡养父母，弟妹又要扶助兄姐，这之间便会逐渐形成一种自然的家庭规矩：父母兄姐要爱护子女弟妹，子女弟妹要尊敬父母兄姐。假如不是这样，家庭关系，乃至生存，恐怕是难以想象的。走出家门，就是亲戚家族了。在亲戚家族间，同样有个长幼之分、互敬互爱和彼此帮助的问题，否则，真是无法共同对付异族外邦。再往外走，就到了邻里乡里，而推而广之，就到了社会……总之，我们就看到了“家法家规”“宗法族规”“乡俗民约”等之类的规则规矩。

不过，谈到自然的和谐规矩，我们更容易想到这个词：礼。

“礼”，究竟是什么，我们按下不表，将其看作一类日常行为举止的社会规矩即可，像“见人要点头”“请客要敬酒”“走路要让人”之类的规矩，就是一些“礼”了。它是中国人自古以来的一个“专利”。有学者讲：

其实，礼与法都是行为规范，同为社会约束，其分别不在形式上，也不在强制力之大小。从形式上来看，成文与否并非决定的条件，法律不一定成文，礼亦可为成文。……礼亦未尝不可以法律制裁来维持、来推行，而无损其为礼。[221]

《管子》里也提到类似的想法，说“法者天下之仪也，所以决疑而明是非也”[222]，而“法出于礼”[223]。前句话里的“仪”字说的是仪表那类东西，而仪表，就是“礼”所要表现的一个方面。《荀子》也是大

谈“礼”十分重要，也即“礼者法之大分”[224]。《荀子》的意思是说“礼”是法律的基本原则。

在这些想法之中，说白了，国家法律，根本离不开“礼”这样的社会规矩。

用人们现在熟悉的话来讲，在阿明阿定生活的社会圈子里，已经自然而然地形成了一些对人有益的社会规矩，它们是蓝官人手里的国家法的基础。国家法在制定的时候，不能不顾及“礼”那样的规矩，执行的时候，也是如此。有时，正应该以礼来“定亲疏、决嫌疑、别异同、明是非”[225]，甚至“分争辨讼，非礼不决”[226]。因为，“礼”到底是原有的社会秩序，它和原有的“和谐”，相辅相成；而这些恰是国家法律“生长”依赖的土壤条件。

国人看法律，有时像蓝官人那样，骨子眼里离不开“礼”这个概念，也离不开“和谐”的期待。所以，要是换了别人来审“兄弟争田”的案子，多半照样会提“阿明要让弟弟”“阿定要敬哥哥”，以及“兄弟之情如何如何”之类的话。不论怎样，兄弟两人争田，就是破了家庭亲属的兄弟之“礼”，坏了邻里乡里的自然“和睦”。而“礼”那样的自然而然形成的秩序，加上“和睦”那样的自然情调，是社会不可忘掉的。

“追求和睦”的法律话语，源远流长。

九

说起原有的社会秩序，我们可能会大致接受这样一个看法：在国家法出现之前，阿明阿定那样的乡里民间依靠的是自然规矩，后来，国家法“出世”了，民间规矩似乎退却了。但是，实际上，即便是出现了国家法和蓝官人坐镇的衙门官府，阿明阿定，有时照样会依“习俗”办事。你看，在“兄弟争田”的案子里，出现过两个族人头领抛头露

面，他们是陈德俊、陈朝义。这两人，就是“习俗”秩序的掌管符号。当蓝官人对兄弟两人说，回家和自己老婆谈妥之后再来官府，兄弟两人和妯娌谈完，则是首先去见陈德俊和陈朝义，最后，还把两“头人”也请到了蓝官人的衙门，仿佛两“头人”的作用，绝不亚于蓝官人。就算是案子最后了结了，蓝官人也特别注意两“头人”的“点头称是”。

这里，便接触了人们不易觉察的中国法律话语的又一叙事：小心对待乡里的秩序权威。

现代初学法律的学子，容易认为，官府衙门的国家法律可以并且应该“一统到底 ”，大凡国家的各个角落，均应要以它的法律“唯令是从 ”。可是，阿明阿定生活的那个中国社会，是个特大的社会，不论古代，还是今日，类似的乡村，又从来都是星罗棋布、无边无际。正如梁启超所说：“中国国家，积乡而成。 ”[227] 甚至像古人也说过的：“乡与朝争治。 ”[228] 在这样的乡村里，官府法律是否可以畅通无阻?是否可以横扫在城镇人— —相对农村而言— —看来纯属“陋习”的乡规民约？以及，是否可以叫蓝鼎元那样的国家官吏符号的作用，彻底顶替陈德俊和陈朝义那样的民间权威符号的作用?

有人说，可以；有人说，困难。

应该说，大致来看是比较困难的。而假如困难，就只好小心对待乡村的秩序权威了。

学者费孝通，写过一本书，叫《乡土中国》。在那书里，费孝通把“权力”类型一分为三：“横暴权力 ”“同意权力”和“教化权力 ”。他讲，“横暴权力”是指那种利用暴力进行自上而下的、不民主的、威吓性帝国式统治的力量；“同意权力 ”，是指那些依赖黎民百姓默认、契约、退让而形成的力量； [229] “教化权力 ”，则是指经由社会文化传统的潜流“暗中支配”而造成的有点像是“爸爸式 ”的力量。 [230] 显然，依

着这三个概念，官府衙门的法律和蓝鼎元之类的官人，是比较容易和“横暴权力”联系在一起的，而“乡规民约”和陈德俊与陈朝义之类的族人头领，倒是和后两种权力容易联系在一起。

费孝通提醒说，应该特别注意中国传统农业经济的“产出”能力，这能力，可不足以提供横暴式权力政治所需要的大量人力、物力的资源，所以，不奇怪，时常能看到某些封建帝王着迷“无为而治”以平天下，让阿明、阿定、陈德俊和陈朝义居住的乡土社会，去用自己的社区契约和教化搞个社会平衡，这就使我们中国社会的“长老统治”层出不穷。[231]德国学者韦伯（Max Weber），也早说过，中国长老掌管的村庙，“对小事有审判权……只有在事关国家利益时，政府才插手。受到民众信赖的正是这种公堂，而不是国家司法当局”。[232]

大致来说，陈德俊和陈朝义之类的民间权威，在阿明阿定的乡里，扮演着一个重要的管理角色，可以将其说成“里长，里之仁人。……乡长，乡之仁人”[233]。这是讲：

民间权威生长于地方“草根社会 ”，他们对这种社会的需求和政治反应十分敏感，并且他们的利益与“草根社会”一致，表述问题的方式无异，从而易于被接受为地方利益的代言人。在家族社区内部，他们几乎可以说是“公众意见”的传播媒介。[234]

更为有趣的是，二陈式的民间权威，还有一个中介作用。有时，在阿明阿定的乡村，蓝鼎元那样的官府权威恰恰需要通过二陈之类的“头领”来左右阿明阿定，因为，“头领”的作用发挥，更容易将他们的纠纷处理得圆满顺利，更容易让阿明阿定的乡里民间和谐太平、利益相融。“乡长之所是，必皆是之；乡长之所非，必皆非之。去若不善言，学乡长之善言；去若不善行，学乡长之善行……乡长惟能壹同乡之义，是以乡治也。”[235]这样，就可说“民间权威填补了正规的权威中心和社区中的家户之间的空间”[236]。

小心对待乡村的秩序权威，表达了一个深层的法律话语：蓝官人的官府法律和陈德俊陈朝义的秩序权威隐喻的乡规民约，彼此有着千丝万缕的互动关系，头一个，“借道”于后一个，而后一个，有时则仰仗头一个，于是，最好是将“法”这个字做出宽松的理解，视它为既包括了“国家法”，也包括了“民间法”。

这个深层的法律话语也还另有意蕴：中国的法律语境是独特的，人们使用“法”字也是多变的，“家法 ”“宗法 ”“族法 ”“习惯法 ”，等等，无一不是时常出现在人们的言谈话语之中，硬给“法律”一词定个内涵，说它只是国家法律的别名，似乎是种过时的本质主义；“法律”这词，像其他各个词一样，有个语境的问题，在不同地方，总会有个不同的意思，对它“宽宏大量 ”一些，便可使我们看到更多的“语词用法”，以及语词用法背后的观念企图，从而，更加丰富多彩地观察众多中国人心目中的“中国法律”的现实。

当然，“宽宏大量 ”，最终是因为，“国家法 ”和 “民间法 ”毕竟总是糅合在一起的，尤其在中国的传统社会，可发现“政府和民间有一个共识，即‘国有定法，家有定法 ’，而且对于家族本身而言，家的定法是人们首先必须诉诸的，在家法之后才有国法。在民间推行宗法制度的行为，当然是政府控制社会的手段 ”。[237] 也正像今天有学者所说的：

……在中国古代社会，国家法不但不是全部社会秩序的基础，甚至也不包括当时和后来其他一些社会的法律中最重要的部分。当然这并不意味着某种“秩序真空”的存在。社会不能够容忍无序或至少不能容忍长期的无序，结果是，在国家法所不及和不足的地方，生长出另一种秩序，另一种法律。这里可以先概括地称之为“民间法”。[238]

同时，在“国家法”的旁边，有着蓝鼎元那类官人，在“民间法 ”的旁边，倒有陈德俊和陈朝义之类的族人头领；这官人和族人头领，都

是秩序权威的一些符号。从这里接下来的意思，是说：不仅要从蓝官人的身上去看“法”，而且要从二陈的身上和背后去看“法”。无论怎样，他们终究表现了不同的、但息息相关的法律权威。

十

从陈德俊和陈朝义那类乡村的秩序权威去看“法”，已经和今天大多数法学家思考“法”的方式，大有出入。但是，这话语姿态，肯定是有意义的。对待中国的法律文化，如果只注意蓝鼎元的官府衙门，而对二陈的乡间头领视而不见，也许就会一叶障目、不见泰山，甚至根本不得要领。中国的乡里民间的地域，太广阔了，其法律文化，因而也太独特了。

不过，虽说要从官府和民间头人两个权威的角度去看法律，然而，那两类权威背后的法律秩序总还有个共同之处：都在显露“规矩方圆”。像阿明阿定来到蓝鼎元的官府，拿出证据声言七亩地是属于自己的，这就表明，兄弟两人知道官府里有个标准：想要主张什么，就要证明什么。这标准自然是规矩方圆。而兄弟两家找了陈德俊和陈朝义两头领，并拉两头领一起来到官府，接着蓝鼎元说到兄弟之情如何重要、乡里和谐如何紧要，这也表明两头领和兄弟两家也面对了一个标准：义重利轻。这标准，同样是规矩方圆。

这样，我们便要看到中国法律话语的又一个叙事，即法律是人们说什么、做什么的规矩方圆。

一提规矩方圆，我们不免会想到一些语词：“秤”“规尺”“标线”“墨绳”，等等。这些都是描述日常生活里打工做事所用的“标准”的语汇。不错，想要知道房子墙面坯档是否平整，就要用标线量一下、测一回；想要知道一担米是否足斤足两，就要用秤来称一下、约一回；

想要知道木头锯得是否方正，就要用墨绳来比一下、划一回；而想要知道自家种的树木，是否已经成材，就要用规尺估一下，算一回……

中国人讲法学理论，时常喜用这些语汇。

《墨子》说：“百工为方以矩，为圆以规，直以绳，… …故百工从事，皆有法所度。”[239]《孟子》说：“不以规矩，不能成方圆。”2而《慎子》讲，大禹是非常聪明的，但是，如果把秤砣扔掉，他照样不能辨别一钱一两的重量。反过来，如果有了天平，一丝一毫那样的差错也不会出现，别说大禹的智慧，就是一般人的水平也能辨别清晰。所以，拿出秤和天平，在轻重上就不会受人欺骗；挥舞规尺标线，在长短上就不会有所偏差；立下法令制度，在欺诈作伪上恶人就无法施展伎俩。于是，凡事，断于法律这一规矩，肯定是正确的。[240]

和这类讲法相似，《管子》也以为规矩那些“标准”是用来矫正事物的方与圆的。它讲，人灵巧，可有时就是比不上粗笨的规矩有用，因此，“虽有巧目利手，不如拙规矩之正方圆也。故巧者能生规矩，不能废规矩而正方圆。虽圣人能生法，不能废法而治国。故虽有明智高行，背法而治，是废规矩而正方圆也”[241]。结论就是：“法律政令者，吏民规矩绳墨也。”[242]

《商君书》，还进一步说明，为什么法律可以比作那些“规矩标准”：它们看得见、摸得着。《商君书》说，只要是有所作为的国王君主，都会设置“秤”和“尺”，到了战国时期，同样如此。为什么，因为它们太标准明确了。如果舍弃秤来判断轻重，丢掉尺来猜测长短，就算估计得“丝丝入扣”，那些生意人，也不会这样做的，毕竟，那样判断猜测并非一定可靠。所以，“法者，国之权衡也”。[243]后来到了唐朝时期，性格刚直的魏征也跟着说，凭着自我感觉，甚至喜怒哀乐，来判断是非，就是“舍准绳以正曲直，弃权衡而定轻重”。[244]当

然，这里的“权衡 ”，不是“思虑比较”“瞻前顾后”的意思，而是指“尺度”“秤”一类的东西。

有人兴许会问：为什么用来描绘法律的“秤 ”“规尺 ”“标线 ”“墨绳”这些词汇，总是出自于做小生意的商人、一般建屋造房的工匠和帮人打制家具的木匠等平民百姓的日常用语之中，而他们，又是社会地位绝对不高的辛苦一族?

这是一个有趣的枝节问题。

我尝试着来解释一下这个问题。首先，应该注意，那些词汇，大致来说表达了“标准 ”“尺度”这样一些意思，无论用在哪里，“标准 ”“尺度”都有个一致性，不会因时因地因人而有所变化。一杆秤，用在春秋战国年月表示一个重量，用在五代十国也是表示同样的重量，用在秤柴米上是一个结果，用在秤油盐上也是同样的结果，让男的来称是一个秤法，让女的来称也是同样的秤法。显然，不会因为时过境迁、柴米油盐的不同，或者男女有别，而出现异样的结果。像绳墨、标尺等，无一例外。这便是“标准 ”“尺度”的独特“硬性”和“不可商量性”，暗藏其中。

接下来，要注意辛苦一族的实际生活。如果是做生意，没个“一准”的秤，凡秤说变就变，那么生意人就会担惊受怕、不知所措。生意的往来，以至生活的基础，便会大受影响。建屋造房用的标尺、伐树锯木用的绳墨，在这些方面，也是如此。所以，地位不高的辛苦一族以及其他平民百姓，特别依赖这些“标准 ”和“尺度”而过活。即便是像古代中国这样的传统农业社会，照样离不了“标准”和“尺度 ”。农民，需要交换、建房、划地和栽木，而在交换的时候便是一个准生意人，在建房的时候，便是一个准工匠，而在划地栽木的时候，便像一个使用墨绳的木匠……

显然，所有这些下层黎民是社会稳定的基础。《淮南子》以为，用秤来称东西，自然不会因人有私心而改变了称量的结果，所以，那是公平的标准；而用墨绳来比划东西，同样不会因人有私心而“搅乱”了曲直的结果，所以，那是正直的准则。社会依此便不会失去民心。[245]这就随了《韩非子》的说法：“……悬衡而知平，设规而知圆，万全之道也”[246]；也随了《孟子》的说法：“民为贵，社稷次之，君为轻。”[247]

另一方面，也许就像一位外国汉学家所讲的，在中国，“许多用标准度量词语描述法律的隐喻，诸如标线或秤杆等，都反映了工匠和商人的语言，而这些人在正统……等级中地位较低，但作为商人，在整个帝国各时期都具有重要的真实权力”[248]。

如此说来，用那些来自辛苦一族的“秤”“规尺”“标线”和“墨绳”一类的词汇去描绘法律，可能正在于想到要让社会上下都有个“标准”和“尺度”，让人们的行为规范，有个不可灵变的一致性，从而叫社会踏实稳定、方寸不乱；也叫商人这个实力阶层，无法挑剌。其实，《慎子》《管子》和《商君书》那些古书，不厌其烦地使用这些语汇，正想深一层地说明法律的普遍性和法律面前人人平等——当然君王除外——的意思，并以此说明社会如何依赖这一点。“圣人之为国……一刑……”，而“所谓一刑者，刑无等级，自卿相、将军以至大夫、庶人，有不从王令、犯国禁、乱上制者，罪死不赦”。[249]

这种解释，兴许不会太过附会牵强。如果这样，我们便会发觉，法律观念实际又和利益、需求、权力等联系在一起。

现在，再说“规矩方圆”在国家法之外的民间法或“礼”那样的规则之中的意义。

古籍《礼记》讲，“礼”对于治理国家，可是再重要不过了，犹如“衡之于轻重也，绳墨之于曲直也，规矩之于方圆也”[250]。而如果把秤悬挂起来，轻重就一望可知，把墨线拉扯起来，曲直就一目了然，把圆规尺子竖立起来，方圆就毫不模糊，所以，自然所有世事都要“隆礼，由礼”[251]。《荀子》也有类似的见解，说国家没有了“礼”，就会全部乱了起来，“礼”是用来治理国家的，这就像“衡之于轻重也，犹绳墨之于曲直也，犹规矩之于方圆也”[252]。至于“衡”，也就是我们现在说的“秤”。

一说“礼”这类原有的社会规矩，对其略知一二的人都会讲，那可是不讲平等的一个有关人际关系的规范，既然是这样，即使“秤”“标尺”那些词来自打工的辛苦一族，也不意味着使用它们的古书，必定在鼓吹法律的平等性，起码《礼记》和《荀子》就不这样。

的确如此。不过，那些词，到底还是和生意人、工匠和木匠之类的一班人有着联系。这些人之中，也有师徒或者师兄、师弟、师姐和师妹的关系。在这些关系中，无论怎样都有个上下尊卑、先后有别的“礼”的规矩。只是这里强调的不是上下平等的“标准”和“尺度”，而是左右平等以及上下尊卑、先后有别的“标准”和“尺度”。所以，《礼记》和《荀子》用那些词，依然是想说明：像“礼”之类的规则还是有个普遍性的问题，尽管不平等。

说到这里，我们可以回到主题上，概括一下中国法律话语的这个叙事：法律是一种标准或尺度，至少具有一种普遍性，不论是正规的国家法，还是自然形成的民间法或习惯法，都有这类特性。法律是一种规矩方圆。

十一

蓝鼎元描述的“兄弟争田”一案的审理过程，是个很有意思的“社会文本”，寓意丰富。在前面，笔者试图用一种类似法律社会学外加亚文学的轻松方式，来解读其中显现的中国法律话语若干叙事。其实，在中国的正史典籍、野史传说、文学作品、学人论著等“文字文本”里，相似的“社会文本”，时常可见。就算是在今天，情况也依然如此。从中，我们都能发现相似或者更多更有意思的话语叙事。如果我们认为法律话语和法的实践总是互为影响、互为参照的，那么，通过法律话语来理解“兄弟争田”案里的法社会过程，是重要的，而反过来通过后者去理解前者，也是重要的。

蓝鼎元是个官人，阿明阿定既是小民又是案子里的当事人，陈德俊和陈朝义则是族人头领，他们是不同的社会角色。当然，我们还看到了阿明阿定的老婆、没有正式“出场”的证人……这些人，也是不同的社会角色。在这些角色构成的社会里，当发生了纠纷，自然就需要某种东西来解决纠纷，而解决的过程本身，有时又是复杂的。复杂表明，参与其中的不同社会角色有时显露了不同的法律观念，甚至在同一角色身上，都能看到不同的法律观念。这些观念，都是暗中操纵社会角色的“隐身”话语。

像蓝官人，大致认为应该在阿明阿定之间好好调解一番。他相信，民间的和和气气式的小日子氛围，要比确定田产到底归谁所有的硬判决，来得更为重要。无论如何，阿明阿定是亲兄弟，在范围有限、人口不多、乡民流动几乎为零的邻里农村，两人终归要继续生活在一起，总要低头不见抬头见，如此，为什么不应“和平地”解决纠纷？就算看上去，这有“和稀泥”之嫌。相反，如果确定田产归其中一人所有，而最终导致日后两人永远嫉恨以至兄弟两家世代怨仇，那岂不属于“得不偿失”？但是，蓝官人还知道衙门官府里的硬规矩：两人各打三十大板，然后田产对半分。他晓得，这是国家的法律规则。

像阿明阿定两人，开始非要争个证据上的“我强你弱”，他们知道，官府断案，是以证据的证明为规矩的，这是国家法律。可是，经过蓝官人的婆心苦口，兄弟两人最后倒认为真正的规矩不是证据上的谁强谁弱，而是邻里乡间的和睦相处，仿佛国家法的证据规矩远不如民间习俗的“和谐”规矩来得重要。蓝官人的“调教”，不仅使兄弟两人改变了对田产的争夺态度，而且，使其改变了法律观念。

而陈德俊和陈朝义二位族人头领，对蓝官人的成功调解也是点头称是，但是，可以看出，他们，并不否认蓝官人代表了官府衙门的正式法律权威。

……

在前面，从“兄弟争田”一案中，我们还提到了“大公无私”“定分止争”“赏与罚”“公正平直”等法律话语的叙事。实际上，这些法律话语的叙事，放在我们通常认为的理论学说之中，恰好是中国法律思想的思绪起点。从这些思绪起点出发，就可以“人为地”建立编织思路繁多、观念复杂的法学论说。

另一方面，也应注意，这些法律话语的叙事，显示了社会角色在法律实践中对法律价值的不同追求。可以发现，面对“兄弟争田”，假如认为“书本里的官府法”是地道的唯一的法律根据，就会倾向于赞同国家大一统的帝国式的统治方式，毕竟，这种“官府法”，是自上而下的、一统到底的；假如认为“大公无私”是首要的法律本色，就会琢磨如何张扬社会的或一个阶层的“大”利益，而漠视小群体或个人的“小”利益；假如认为“定分止争”是法律的根本所在，就会喜欢“画地为牢式”的蛋糕切分，把个人的所有所得，尽量说清道明；假如认为“赏罚”是法律的独特功能，就会居高临下地“鸟瞰”地位低下的官吏和百姓，将其当作实现立法者目的的单纯手段和工具；假如认为“公正平直”是法律的最终目的，就会坚持在所有人面前“一杯水端平”，不

得有歧视或特权；而假如认为，邻里乡间的民间规矩也是一种“法 ”，就会相信国家法和民间法都是重要的，有时就会坚持国家挥舞“官府法”压抑民间法是不会有效果的，也是没有益处的……

因此，那些法律话语的叙事，自然又会走向不同的实践目的。实际上，在蓝鼎元的“兄弟争田”的案子里，在那些不同社会角色的背后，我们的确发现了多种试图左右案子判决的法律话语。这些话语，暗中都想让案子的解决顺从自己暗含的价值选择，而它们，无形中，又是默默地不自觉地融汇了出字成文的法学论说。借用法国学者福柯的话来说，这是“权力话语”的功能。

其实，中国法律话语，是在实践之中孕育的，是在类似“兄弟争田”那样的纠纷之中以及其他法律现实中烘炼的，正是从那类案子的“活动 ”之中，吸取养分、精雕细凿；反过来，它又想在实践中一显身手，渗入社会，并不知不觉地在各类社会角色的头脑中，砌筑法律思想的“意识形态 ”。其中的各种叙事，最终都想在由蓝鼎元、阿明、阿定、郭氏、林氏、陈德俊和陈朝义等社会角色构成的法律争议的语境中，树立自己，压抑他者；或者反之，彼此同谋。

中国法律话语，也是在社会意识形态的多种意念环流中熔铸的。正如笔者在“兄弟争田”中分析的那样，它们，在实践的背景中，理解、分析、干预、主张，并与实践中的诸如政治、道德之类的话语意念，相贯相通，从而，帮助社会角色实现自己的利益、愿望和意志。这是更为根本的。

[1] 查尔斯·舒尔茨：《史努比全集》（15），陈文俊、邓霄云译，希望出版社2002年版，第208页。

[2] 原载《天涯》2001年第5期，第174—179页。现重新修订。

[3] Richard Taylor , "Law and Morality" , New York University Law Review , 43 (1968), p.626.

[4] 见祝庆祺、鲍书芸、潘文舫、何维楷编：《刑案汇览三编》（一），北京古籍出版社 2004年版，第811页。

[5] Karl Llewellyn,"The Constituton as an Institution",ColumbiaLaw Review, 34 (1934),p. 7.

[6] Jerome Frank, Law and Modern Mind,Garden City: Doubleday & Co., 1963, p. 127.

[7] Roscoe Pound, "How Far Are We Attaining a New Measure of Values in Twentiety-Century Juristic Thought", West Virginia Law Review, 42 (1936), p. 89.

[8] 费孝通：《乡土中国》，生活·读书·新知三联书店1985年版，第48—49页。

[9] 原题：《读"听来的故事"》，《广州文艺》1999年第6期，第57—58页。现略修订。

[10] 福柯：《论人性：公正与权力的对立》，丛莉译，杜小真选编：《福柯集》，上海远东出版社1998年版，第238页。

[11] 《南方都市报》，1999年3月17日，第23版。现部分载贾平凹：《听来的故事》，人民文学出版社2002年版，第97—9 8页；贾平凹：《长舌男— —贾平凹幽默作品选》，作家出版社2002年版，第1— 2页。

[12] 贾平凹：《听来的故事》，第23版。

[13] 贾平凹：《听来的故事》，第23版。

[14] 原载高鸿钧主编：《清华法治论衡》（第4辑），清华大学出版社2004年版，第473—477页。现略修订。

[15] Michel Foucault, The History of Sexuality Vol. 1： An Introduction, trans. Robert Hurley, New York： Random House, 1978, p. 101.

[16] 见 Shi Nai'an and Luo Guanzhong, Outlaws of the Marsh. Beijing ： Foreign Languages Press, 1980。

[17] 见沙博理：《我的中国》，宋蜀碧译，北京十月文艺出版社1998年版，第285—286页。

[18] 比如英国近代法学家奥斯丁（John Austin）就是这么说的。见John Austin, The Province of Jurisprudence Determined. ed. Wilfirid Rumble, New York: Cambridge University Press, p. 184。

[19] 例如中世纪西方就有人这样认为，见阿奎那：《阿奎那政治著作选》，马清槐译，商务印书馆1982年版，第184页。

[20] 维特根斯坦：《哲学研究》，汤潮、范光棣译，生活·读书·新知三联书店1992年版，第10—11、17—18页。

[21] 原载宫本欣主编：《法学家茶座》（第5辑），山东人民出版社2004年版，第71—75页。现略修订。

[22] 卡尔·马克思：《对民主主义者莱茵区域委员会的审判·马克思发言》（1849年），载《马克思恩格斯全集》，第6卷，人民出版社1961年版，第291—292页。

[23] 见马克思、恩格斯：《共产党宣言》，中共中央马克思、恩格斯、列宁、斯大林著作编译局译，人民出版社1964年版，第54页。

[24] 原载宫本欣主编：《法学家茶座》（第6辑），山东人民出版社2004年版，第105—110页。现略修订。

[25] 阿尔文·古尔德纳：《新阶级与知识分子的未来》，杜维真译，人民文学出版社2001年版，第15页。

[26] 原载中山大学法学院主编：《中山大学法律评论》（2001年第1卷，总第3卷），法律出版社2002年版，第385—395页。现略修订。

[27] 吴炽昌：《客窗闲话·续客窗闲话》，王宏钧、苑育新校注，文化艺术出版社1988年版，第306页。

[28] 《大学·中庸·论语》，朱熹注，上海古籍出版社1987年版，第52页。

[29] 原载《书城》2005年3月号，第62—63页。现略修订。

[30] 涂尔干：《社会分工论》，渠东译，生活·读书·新知三联书店2000年版，第6页。

[31] 梁启超：《梁启超法学文集》，范忠信选编，中国政法大学出版社2004年版。

[32] 见范忠信：《认识法学家梁启超》，《梁启超法学文集》，第1—2页。

[33] 见梁启超：《梁启超法学文集》，第77—81页。

[34] 《19世纪欧陆法律发达史》，Boston: Little, Brown and Co., 1918。

[35] 原载《书城》2005年8月号，第69—72页。现略修订。

[36] 马克斯·韦伯：《学术与政治》，冯克利译，生活·读书·新知三联书店1998年版，第 26页。

[37] 林太乙：《林语堂传》，中国戏剧出版社1994年版，第123—124页。

[38] 周伟驰译，雷立柏注，社会科学文献出版社2002年版。

[39] 见吴经熊：《超越东西方》，第53页。

[40] 见吴经熊：《超越东西方》，第53页。

[41] 莎士比亚：《莎士比亚全集（9）·威尼斯商人》，梁实秋译，中国广播电视出版社2002年版，第90、91页。

[42] 见吴经熊：《超越东西方》，第52页。

[43] 吴经熊：《超越东西方》，第52页。

[44] 吴经熊：《超越东西方》，第52页。

[45] 吴经熊：《超越东西方》，第51—52页。

[46] Oliver Wendell Holmes, "Book Review". American Law Review, 14 (1880), pp. 233, 234; Oliver Wendell Holmes, The Common Law, ed. Mark Howe, Boston: Little, Brown

and Co., 1963, p. 1.

[47] 见Oliver Wendell Holmes, "The Path of Law", Harvard Law Review, 10 (1897), pp. 459, 461。

[48] 见T’ien Hsia Monthly, vol. 1, 1935, pp. 251-302。

[49] 关于吴经熊的经历，参见王健：《超越东西方：法学家吴经熊》，载《比较法研究》1998年第2期，第219页。

[50] 吴经熊：《超越东西方》，第153页。

[51] 吴经熊：《超越东西方》，第155页。

[52] 吴经熊：《关于现今法学的几个观察》，载吴经熊、华懋生编：《法学文选》，中国政法大学出版社2003年版，第90—91页。

[53] 吴经熊：《序》，载吴经熊、华懋生编：《法学文选》，第III页。

[54] 全文之中，未注明的所有历史事实，均见吴经熊《超越东西方》。

[55] 原载《天涯》2002年第6期，第44—48页。现略修订。

[56] 梁漱溟：《乡村建设大意》，载《梁漱溟全集》（第一卷），山东人民出版社1989年版，第612页。

[57] 见梁漱溟：《乡村建设大意》，第612页。梁漱溟的重要相关系统著述，另见梁漱溟：《乡村建设理论》，载《梁漱溟全集》（第二卷），山东人民出版社1990年版。

[58] 梁启超：《先秦政治思想史》，东方出版社1996年版，第224页。

[59] 梁漱溟：《乡村建设大意》，第613页。

[60] 梁漱溟：《乡村建设大意》，第613页。

[61] 梁漱溟：《乡村建设大意》，第614页。

[62] 梁漱溟：《乡村建设大意》，第698页。

[63] 梁漱溟：《乡村建设大意》，第698页。

[64] 梁漱溟：《乡村建设大意》，第704页。

[65] 梁漱溟：《乡村建设大意》，第704页。

[66] 梁漱溟：《乡村建设大意》，第706页。

[67] 梁漱溟：《乡村建设大意》，第660页。

[68] 梁漱溟：《乡村建设大意》，第660页。

[69] 梁漱溟：《乡村建设大意》，第661页。

[70] 梁漱溟：《乡村建设大意》，第661页。

[71] 梁漱溟：《乡村建设大意》，第668页。

[72] 梁漱溟：《乡村建设大意》，第669页。

[73] 梁漱溟：《乡村建设大意》，第684页。

[74] 梁漱溟：《乡村建设大意》，第700—701页。

[75] 梁漱溟：《乡村建设大意》，第705页。

[76] 梁漱溟：《乡村建设大意》，第705页。

[77] 梁漱溟：《乡村建设大意》，第704页。

[78] 梁漱溟：《乡村建设大意》，第707页。

[79] 梁漱溟：《乡村建设大意》，第696页

[80] 梁漱溟：《乡村建设大意》，第697页。

[81] 原题：《公民，你有沉默权——域外沉默权一瞥》，载《南风窗》1999年第9期，第59—61页。现略修订。

[82] 刘安等编著：《淮南子》，高诱注，上海古籍出版社1989年版，第191页。

[83] 参见Neill H. Alford, "The Right of Silence", Yale Law Journal, 79 (1970), pp. 1618-1621。另见Leonard W. Levy, Origins of Fifth Amendments: The Right against Self-

Incrimination, New York: Oxford University Press, 1968, p. 313。

[84] 详见384 U.S. 436 (1966)。

[85] 关于这方面的介绍，可以参见卞建林、郭志媛：《英国对沉默权的限制》，载《比较法研究》1999年第2期，第283—286页。

[86] 参见New York v. Quarles， 467 U.S. 649 (1984)。

[87] 参见Oregon v. Elstad， 470 U.S. 298 (1985)。

[88] 原载《比较法研究》1999年第2期，第292—297页。现略修订。

[89] 霍布斯：《利维坦》，黎思复、黎廷弼译，商务印书馆1985年版，第253页。

[90] 韦伯：《经济与社会》，林荣远译，商务印书馆1997年版，第250页。

[91] Michel Foucault, The Archaeology of Knowledge and the Discourse on Language, trans. Sheidan Smith, New York: Pantheon Books, 1972, p. 224.

[92] 见David Walker, The Oxford Companion to Law, Oxford: Clarendon Press, 1980, p. 841。 2 见Walker, The Oxford Companion to Law, p. 841。

[93] W alk er , The Oxford Companion to Law , p . 841.

[94] 洛克：《政府论》（下篇），叶启芳，瞿菊农译，商务印书馆1983年版，第55页。

[95] 洛克：《政府论》（下篇），第84页。

[96] 洛克：《政府论》（下篇），第89页。

[97] 见亚里士多德：《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆1983年版，第199页。

[98] 孟德斯鸠：《论法的精神》，张雁深译，商务印书馆1982年版，第154页。

[99] 1 托克维尔：《论美国的民主》，董国良译，商务印书馆1997年版，第170页。

[100] 商鞅：《商君书》，严万里校，载《诸子集成》，浙江古籍出版社1999年版，第 924页。

[101] James Wilson, Works. ed. James De Witt Andrews. Chicago: Callaghan and Co., 1896, I, p.352.

[102] 孟德斯鸠：《论法的精神》，第154页。

[103] 荀况：《荀子》，杨倞注，上海古籍出版社1989年版，第70页。

[104] 王安石：《王安石全集》（卷10），秦克、巩军点校，上海古籍出版社1999年版，第 85页。

[105] 卢梭：《社会契约论》，何兆武译，商务印书馆1982年版，第88页。

[106] 亚里士多德：《政治学》，第169页。

[107] 商鞅：《商君书》，第924页。

[108] 原载《天涯》1999年第2期，第37—42页。

[109] 傅霖：《刑统赋解》，收于刘俊文编、北京爱如生文化交流有限公司制作：《中国基本古籍库》，黄山书社2002年版，第2页。

[110] 福柯：《作者是什么》，载王逢振、盛宁、李自修编：《最新西方文论选》，漓江出版社1993年版，第448页。

[111] 费孝通：《乡土重建》，观察社1948年版，第145页。

[112] 费孝通：《乡土中国》，生活·读书·新知三联书店，1985年，第8页。

[113] 见费孝通：《乡土中国》，第9页。

[114] 以上事件情形，以及争论，参见杨立新：《“王海现象”的民法思考》，载《河北法学》1997年第5期，第1—7页；梁慧星：《关于消法四十九条的解释适用》，载《人民法院报》 2001年3月29日第 3版。关于法院的不同意见和审判实践，另见袁飞：《上海驳回一例仿“王海”式索赔请求》，载《第一财经日报》2006年2月13日第A06版；孙玉荣：《民法上的欺诈与〈消费者权益保护法〉第49条之适用》，载《法律适用》2005年第4期，第88页；胡铭、陈晓林：《职业打假长沙遭遇红灯》，载《中国质量万里行》 2004年第6期，第74—76页；刘学华、贺艳：《三名“王海”败走麦城》，载《中国商报》 2000年9月13日第 002版。北京法院、天津法院的情况，

以及北京一些法院法官对天津法院做法的不同意见，参见王进：《王海打假败走津门》，载《南方都市报》 1998年8月27日第008版。

[115] 司马光：《傅家集》，收于刘俊文编、北京爱如生文化交流有限公司制作：《中国基本古籍库》，黄山书社2002年版，第310页。

[116] Ronald Dworkin, L'aws Empire, Cambridge: Harvard University Press, 1986, pp. 336-337.

[117] 原载《天涯》2000年第4期，第27—30页。现略修订。

[118] 华勒斯坦等：《开放社会科学》，刘锋译，生活·读书·新知三联书店1997年版，第 54页。

[119] Ronald Dworkin, Laws Empire, Cambridge： Harvard University Press, 1986, p. 90.'

[120] 见霍布斯：《利维坦》，黎思复、黎廷弼译，商务印书馆1985年版；洛克：《政府论》（下篇），叶启芳、瞿菊农译，商务印书馆1983年版。

[121] 见黑格尔：《法哲学原理》，范扬、张企泰译，商务印书馆1982年版。

[122] 霍姆斯也使用过"法律科学"这个词，并说法律和"法律科学"有关。但是，他的意思，和前面提到的"法律科学"不同，而是预测性的"科学"。参见下文。

[123] 见Oliver Wendell Holmes, "The Path of Law", Harvard Law Review, 10 (1897), pp. 457-478。

[124] 见Oliver Wendell Holmes, The Common Law, ed. Mark Howe, Boston: The Belknap Press of Harvard University Press, 1963, p. 1。

[125] 见Holmes, "The Path of Law", pp. 459,461。

[126] Holmes, "The Path of Law", p. 461.

[127] 参见凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，中国大百科全书出版社1996年版，第4页。

[128] 见H.L.A. Hart, The Concept of Law, Oxford: Clarendon Press, 1961, pp. 121-149。

[129] 见McLoughlin v. O’Brian (1983) 1 A. C. 410。

[130] 见Dworkin, Law's Empire, pp. 1-44。

[131] 见Dworkin, Law's Empire, pp. 13-14。

[132] 原题：《美国人手里的牛津大学法理学教鞭——德沃金的法理学革命》，载《比较法研究》1998年第4期，第331—335页。现略修订。

[133] Ronald Dworkin, Taking Rights Seriously, Cambridge: Harvard University Press, 1977, p.44.

[134] 见 Edwin Patterson, Jurisprudence: Men and Ideas of the Law, Brooklyn: The Foundation Press, Inc., 1953, p.2。

[135] 见Patterson, Jurisprudence: Men and Ideas of the Law, p.3。

[136] 见 Jeremy Bentham, Of Laws in General, ed. H.L.A. Hart, London: The Athlone Press University of London, 1970, p. 1；边沁：《政府片论》，沈叔平等译，商务印书馆1995年版，第231页。

[137] 见Jerome Frank, Law and Modern Mind, Garden City: Doubleday & Co., 1963, pp. 50-51。

[138] 见 Eugen Ehrlich, Fundamental Principles of the Sociology of Law, trans. Walter Moll, Cambridge: Harvard University Press, 1936, p. 497。

[139] 见H.L.A. Hart, The Concept of Law, Oxford: Clarendon Press, 1961, preface。

[140] Hart, The Concept of Law, pp. 113-114.

[141] 注：后一篇论文编入了德沃金的《认真地对待权利》（Taking Rights Seriously， 1977）这本书，为第二章。

[142] 见N. Y. 506, 22 N. E. 188 (1889)。

[143] 见Dw orkin, Taking Rights Seriously , pp . 14-45。

[144] 见Dw orkin, Taking Rights Seriously , p . 84。

[145] 见Dw orkin, Taking Rights Seriously, p . 10。

[146] 见Dw orkin, Taking Rights Seriously , p . 25。

[147] 见Dw orkin, Taking Rights Seriously , p . 26。

[148] 见Dw orkin, Taking Rights Seriously , p . 37。

[149] 见Dw orkin, Taking Rights Seriously , pp . 39-40。

[150] 原题：《中国法学话语的初步叙事》，载刘星：《中国法学初步》，广东人民出版社 1999年版，第1—40页。现作修订。

[151] 亚里士多德：《修辞学》，罗念生译，生活·读书·新知三联书店1991年版，第21页。

[152] 蓝鼎元：《鹿州公案》，收于刘俊文编、北京爱如生文化交流有限公司制作：《中国基本古籍库》，黄山书社2002年版，第24页。

[153] 蓝鼎元：《鹿州公案》，第 24页。上述案情全部细节，见《鹿州公案》，第22—24页。

[154] 《管子》，房玄龄注，刘续增注，上海古籍出版社1989年版，第17—18页。

[155] 《管子》，第18页。

[156] 《管子》，第18页。

[157] 《管子》，第18页。

[158] 《管子》，第18页。

[159] 见《管子》，第51页。

[160] 韩非：《韩非子》，上海古籍出版社1989年版，第131页。

[161] 沈宗灵等：《法理学》，高等教育出版社1994年版，第32页；张文显等：《法理学》，法律出版社1997年版，第56页。

[162] 孙国华等：《法理学教程》，中国人民大学出版社1995年版，第35页。

[163] 见《春秋左传正义》，杜预注，孔颖达等正义，上海古籍出版社1990年版，第82页。

[164] 见王启湘：《周秦名家三子校诠》，古籍出版社1957年版，第22—23页。

[165] 见韩非：《韩非子》，第70页。

[166] 吕不韦：《吕氏春秋》，高诱注，上海古籍出版社1989年版，第108页。

[167] 见吕不韦：《吕氏春秋》，第108页。

[168] 吕不韦：《吕氏春秋》，第220页。

[169] 《礼记正义》，郑玄注，孔颖达等正义，上海古籍出版社1990年版，第430页。

[170] 《管子》，第15页。

[171] 费孝通：《乡土中国》，生活·读书·新知三联书店1985年版，第23页。

[172] 见《尚书正义》，孔安国撰，孔颖达等正义，中华书局1980年版，第364页。

[173] 《诗经全注》，褚斌杰注，人民文学出版社1986年版，第345页。

[174] 《礼记正义》，第858页。

[175] 蔡元培：《中国伦理学史》，东方出版社1996年版，第7页。

[176] 刘安等编著：《淮南子》，高诱注，上海古籍出版社1989年版，第223页。

[177] 孙国华等：《法理学教程》，第96页。

[178] 李龙等：《法理学》，武汉大学出版社1996年版，第24—25页。

[179] 韩非：《韩非子》，第46页。

[180] “法之功，莫大使私不行。”见慎到：《慎子》，钱熙祚校，载《诸子集成》，浙江古籍出版社1999年版，第927页。

[181] 韩非：《韩非子》，第143页。

[182] 见吕不韦：《吕氏春秋》，第16页。

[183] 吕不韦：《吕氏春秋》，第16页。

[184] 吕不韦：《吕氏春秋》，第16页。

[185] 见司马光编著：《资治通鉴》（4），胡三省音注，“标点资治通鉴小组”校点，中华书局1956年版，第1695页。

[186] 见韩非：《韩非子》，第155页。

[187] “法者，所以齐天下之动，至公大定之制也……骨肉可刑，亲戚可灭，至法不可阙也。”见慎到：《慎子》，第928页。

[188] 《管子》，第145页。

[189] 韩非：《韩非子》，第13页。

[190] 孙国华等：《法理学教程》，第88页。

[191] 《管子》，第161页。

[192] 见慎到：《慎子》，第928页。

[193] 见商鞅、鬼谷子：《商君书·鬼谷子》，蓝天出版社1999年版，第48—49页。

[194] 见《周秦名家三子校诠》，第27页。

[195] 荀况：《荀子》，杨倞注，上海古籍出版社1989年版，第163页。

[196] 梁漱溟：《梁漱溟全集》（第一卷），山东人民出版社1989年版，第655页。

[197] 见《列子》，张湛注，载《诸子集成》，浙江古籍出版社1999年版，第582页。

[198] 孙国华等：《法理学教程》，第50页。

[199] 墨翟：《墨子》，上海古籍出版社1989年版，第60页。

[200] 见王充：《论衡》，上海古籍出版社1990年版，第171页。

[201] 王充：《论衡》，第171页。

[202] 许慎：《说文解字》，中华书局1963年版，第 202页。

[203] 段玉裁称，此句来自《神异经》。见许慎：《说文解字注》，段玉裁注，上海古籍出版社1981年版，第469页。

[204] 乐黛云：《序言》，载乐黛云、勒 ·比雄主编：《独角兽与龙》，北京大学出版社 1995年版，第1页。

[205] 见埃科：《他们寻找独角兽》，载乐黛云、勒·比雄主编：《独角兽与龙》，北京大学出版社1995年版，第2—3页。

[206] 乐黛云：《序言》，载乐黛云、勒·比雄主编：《独角兽与龙》，第1页。

[207] 见布迪、莫里斯：《中华帝国的法律》，朱勇译，梁治平校，江苏人民出版社1995年版，第459页。

[208] 许慎：《说文解字》，第202页。

[209] 见长孙无忌等：《唐律疏议》，蓝天出版社1998年版，第12页。

[210] 见《春秋左传正义》，第750页。

[211] 见长孙无忌等：《唐律疏义》，第12页。

[212] 见《周礼注疏》，郑玄注，贾公彦疏，上海古籍出版社1990年版，第538页。

[213] 见高道蕴：《导言》，载高道蕴、高鸿君、贺卫方编：《美国学者论中国法律传统》，中国政法大学出版社1994年版，第2—3页。

[214] 梁启超：《先秦政治思想史》，东方出版社1996年版，第56页。

[215] 见梁启超：《先秦政治思想史》，第56—57页。

[216] 梁启超：《先秦政治思想史》，第57页。

[217] 孙国华等：《法理学教程》，第50页。

[218] 沈宗灵等：《法理学》，第34页。

[219] 见《列子》，第588页。

[220] 梁治平：《寻求自然秩序中的和谐——中国传统法律文化研究》，中国政法大学出版社 1997年版，第217页。

[221] 瞿同祖：《中国法律与中国社会》，中华书局1981年版，第321页。

[222] 《管子》，第163页。

[223] 《管子》，第45页。

[224] 荀况：《荀子》，第8页。

[225] 《礼记正义》，第15页。

[226] 《礼记正义》，第15页。

[227] 梁启超：《先秦政治思想史》，第224页。

[228] 《管子》，第14页。

[229] 见费孝通：《乡土中国》第61页。

[230] 见费孝通：《乡土中国》，第65、68页。

[231] 见费孝通：《乡土中国》，第68页。

[232] 韦伯：《儒教与道教》，王容芬译，商务印书馆1995年版，第146页。

[233] 墨翟：《墨子》，第22页。

[234] 王铭铭：《村落视野中的家族、国家与社会——福建美法村的社区史》，载王铭铭、王斯福主编：《乡土社会的秩序、公正与权威》，中国政法大学出版社1 9 9 7年版，第9 4页。

[235] 墨翟：《墨子》，第22页。

[236] 王铭铭：《村落视野中的家族、国家与社会——福建美法村的社区史》，第94页。

[237] 王铭铭：《村落视野中的家族、国家与社会——福建美法村的社区史》，第100页。

[238] 梁治平：《清代习惯法：社会与国家》，中国政法大学出版社1996年版，第31—32页。

[239] 墨翟：《墨子》，第8—9页。2《孟子注疏》，赵岐注，孙奭疏，上海古籍出版社1990年版，第124页。

[240] 见慎到：《慎子》，第927页。

[241] 《管子》，第59页。

[242] 《管子》，第161页。

[243] 商鞅、鬼谷子：《商君书·鬼谷子》，第31页。

[244] 见吴兢编著：《贞观政要》，岳麓书社2000年版，第184页。

[245] 见刘安等编著：《淮南子》，第88—91页。

[246] 韩非：《韩非子》，第46页。

[247] 《孟子注疏》，第252页。

[248] 高道蕴：《中国早期的法治思想》，载高道蕴、高鸿君、贺卫方编：《美国学者论中国法律传统》，中国政法大学出版社1994年版，第252页。

[249] 商鞅、鬼谷子：《商君书·鬼谷子》，第35页。

[250] 《礼记正义》，第844页。

[251] 《礼记正义》，第844页。

[252] 荀况：《荀子》，第64页。

法律是什么

20世纪英美法理学批判阅读

刘星 著

增订版

GUANGXI NORMAL UNIVERSITY PRESS
广西师范大学出版社

版权信息

图书在版编目（CIP）数据

法律是什么：20 世纪英美法理学批判阅读 / 刘星著．— 增订本．—桂林：广西师范大学出版社，2019.6 ISBN 978-7-5598-1788-4

I．①法… II．①刘… III．①法理学- 研究- 西方 国家IV．①D90

中国版本图书馆CIP 数据核字（2019）第095553 号

广西师范大学出版社出版发行（ 广西桂林市中华路22号 邮政编码：541001 ）

出版人：张艺兵

全国新华书店经销

开本：880 mm × 1 240 mm 1/32

印张：12.25 字数：250 千字

2019 年6 月第1 版2019 年6 月第1 次印刷

定价：58.00元

目　录

版权信息
增订平装版序
修订版序
再版小序
初版序言
引 言
第一章 实际存在的法律命令
一、法律是一种命令
001 命令、义务和制裁
002 历史中的法律
003 法律的连续性
004 对立法者的法律约束·法律制裁
005 法律的自愿内容
006 积极义务和消极义务
007 主权者和强暴者
二、区分实然法律和应然法律
008 法律的存在与功过
009 实证观念
010 自然法观念
011 实证法律观念的实践理由
三、作为科学研究对象的法律
012 法律科学
013 经验分析
014 如何确定“法律制度”？
015 法律结构、特征和概念的一般分析的实践意义

四、小结
第二章 行动中的法律
一、疑难案件
016 疑难案件的特征及原因
017 疑难案件中的法律推论
018 法院判决的最终性
二、法律与法律的渊源
019 法律适用者的解释即为法律
020 法律的渊源（sources）
021 法律适用者解释的效力
022 法律规则和法律的具体判决
三、法律是一种预测
023 “律师”的预测
024 坏人的视角
025 预测的约束作用
026 好人·法官·预测
四、行动中的法律
027 虚构的法律规则
028 作为具体判决的法律
029 行动中的法律及其不确定性
030 疑难案件与法律适用者的复杂推论
031 法律适用者的态度
032 法律适用者的推论与法律规则
033 具体判决·强制·法律规则
034 法律具体判决的最终性
035 法律的阅读与理解
五、实用主义精神
036 法律与社会的需要

037 实用主义和法律的正当性
六、作为一种没有“规则”内容的社会现象的法律
038 实然与应然·法律社会学
039 内容不确定的法律知识
七、小结
第三章 官员统一实践中的法律
一、规则的内在方面
040 习惯行为模式·规则行为模式·被迫行为模式
041 规则的内在方面和规则的存在
042 内在方面·法律权利·积极义务·法律规则
043 对待规则态度的种类
044 内在方面与义务
045 义务与规则
二、次要规则
046 法律规则的种类
047 三种次要授权规则
048 承认规则的作用及其存在方式
049 次要规则的法理学意义
050 承认规则与法律性质（或效力）的来源
051 区别法律制度与其他社会制度的要素
052 法律适用者的实践与承认规则
053 制定法及判例中蕴含的原则、政策及政治道德准则的形成机制及运用·承认规则
054 法律的存在与官员
三、规则的确定性与模糊性
055 意思中心与开放结构
056 规则的确定性与模糊性
057 “意思中心”·规则的存在·法律的客观性和普遍性

058 “意思中心”与法律适用者的争议
四、法律与道德的分野
059 最低限度内容的自然法
060 广义的法律观念和狭义的法律观念
061 法律与道德在事实上和概念上的联系
062 道德选择的困境与两种法律观念
063 法律理论的研究
五、法学是一种客观的法律知识
064 日常语言的正常用法
065 “出处”“形式”“结构”“目的”
六、小结
第四章 解释性质的法律
一、“理论争论”
066 法官的不同意见
067 “理论争论”
068 “理论争论”的法理学问题
069 “理论争论”存在的实践前提
070 “理论争论”·识别功能的标准·日常语言的正常用法
071 “隐含法律”的特点及理论渊源
072 “隐含法律”概念的功效
073 隐含法律·法律的确定性和可预测性
074 隐含法律·法治·正当性
075 隐含法律·法律的矛盾·唯一正确的法律答案
076 隐含法律存在的理论根据
077 隐含法律存在的现实根据
078 “理论争论”表现的是“实然”还是“应然”？
079 理论争论与疑难案件
二、法律的解释性质

080 解释的微观形态
081 解释的宏观形态
082 解释的历史形态
083 法律的解释性质
084 “解释”概念的作用
085 解释·法官的义务·法律性质（或法律效力）的来源
086 前解释阶段·法律的一般性质和结构
087 解释的确证·恶法
088 解释的概念·法律的概念
089 法律·解释者
三、内在参与者的观点
090 实践中的一般理论和理论中的一般理论的同一性
091 一般法律概念理论的“描述性”（descriptive）与“规范性”（normative）
092 内在参与者的观点
093 内在参与者观点的意义及理由
094 内在参与者的观点·外在观察者的观点
四、唯一正确的法律答案
095 外在观察者和内在参与者眼睛中的“主观性与客观性”
096 能否获得唯一正确的法律答案
五、小结
第五章 意识形态中的法律
一、法律形式的内在矛盾
097 两种形式的内在矛盾
098 分析法律形式内在矛盾的目的
099 观察法律的姿态
二、法律原则的内在矛盾
100 原则的冲突

101 法律原则的矛盾·法律原则的统一·法律原则的互补
三、法律外在观察者的“解构阅读”
102 法律本文本身无意义
103 外在“解构阅读”的目的·开放结构
104 解构语言学·交流的意义·解释共同体
四、法律内在参与者的“解构阅读”
105 “法理迷津”
106 内在解构阅读·法官的责任姿态
五、法律与意识形态
107 法律政治学
108 意识形态的概念
109 意识形态·法律的多元化
110 意识形态·统治者意志
111 意识形态与边缘话语
112 法律的多元化·法治
113 意识形态·法律知识·法律理论的视角·法律与政治
六、小 结
第六章 作为地方性知识的法律
一、法律实践主体的“消亡”
114 法律实践者所说的“我们”
115 “主体”（如“我”“我们”）观念的实际构成
116 主体“消亡”论的理论来源
117 主体提出的“理论”的实质
118 知识进步·知识异同·主体存在
119 道德判断·主体存在
二、法律知识的“地方性”
120 法律知识的“地方性”（local）
121 后现代社会·权力／知识·话语·逻辑中心的解构

122 法律的地方性·法律的不确定性
123 “地方性”法律知识·法律的权威·自我解构
124 后现代认同·姿态选择
125 法律政治学·统治阶层的“霸权”
三、小 结
第七章 需求对话中的法律
一、对话中的法律客观性
126 主体性的信念
127 对话的客观性
128 对话客观性的获得
129 相互对话的法律实践者和自我确证的法律实践者
130 科学中的标准与政治中的标准
131 对话客观性的可能性
二、效果中的法律
132 普遍原则指导·效果探索尝试
133 法律实践效果的思考·工具主义
134 实际效果·道德是非
三、需求语境中的法律
135 语境中的衡量
136 一般约束的思考和具体需求的语境思考
137 知识的语境与价值的语境
138 需求语境论的实用主义和基础中心论的实用主义
139 需求语境论和原则统一论
140 需求语境的“理性”·绝对怀疑论与相对怀疑论·法治
141 需求语境中的法律知识·“邪恶要求”和“恶法”·法律简明适用过程
四、小 结
结 语
参引文献

初版后记
返回总目录

增订平装版序

距离本书在中国政法大学出版社《中青年法学文库》出版，近二十年过去了。回头再看，本书意义并未消失。当年本书的写作，几乎完全是在原典文献基础上梳理辨析，故定格在了“20世纪”这个时间概念上。进入21世纪，可能需要新的写作视野和境界。但目前看，尽管英语国家的学者著述层出不穷，思想的某些初始源泉和基本动力依然带有浓重的“20世纪”印记，而且许多20世纪即被人们关注和记忆的学者，还在努力。依此而言，本书的写作预期或许还有连续性。

本次平装版，再次修订了一些内容，订正了讹误。

本次出版，要感谢广西师范大学出版社的支持。当然，也特别希望读者能够继续批评指正。

刘　星

2017年冬于北京

修订版序

本书曾在广州、北京出版，是十年前的事情了。十年前已为上个世纪，而本书正是对上个世纪——20世纪——英美法理学的一个扼要研究。现对修订版做些说明。

此次修订，主要是技术处理，使其规范和现在的要求相符。对于行文内容和文献参考大致不做调整。所以大致保留了原有的行文内容和参考文献，特别是前者，首先是因为，写作的当时信息情境需要保留下来，那时的感受、感觉、感悟等完全属于那时的“当下”，维护写作者和被写者的对应关系是有意义的，而意义则在于“也许能够尽力反映其时的知识状态”。用现在的眼光描述过去，我们通常不会否认，总是等于在讲述今天的知识故事。也是因此，保留过去的知识状态是为了清晰地理解现在的知识状态与过去存在的差异。对于法律、法学行业来说，由此我们可以知道法律理解、法学认识等是如何“历史的”“情境的”，而非永恒不变的，同时不可能、不需要是永恒不变的。换言之，当时的知识理解和现在同样重要，这使我们得以追问：为何对于法律法学而言可以甚至应当产生不同的知识理解？

大致保留原有的行文内容和参考文献，特别是后者，其次是因为，一些作为被写者的思想家进入新的世纪，修正了原有的思考，但修正后的新思考尽管十分重要而且十分可贵，尽管呈现了新的洞见，依然是跨出了20世纪的。本书写作目标不是反映现实个人甚至某些群体的思想的演化路线，而是反映话语整体的思想的互动踪迹，并且是一个特定世纪内部的互动踪迹。将个人甚至某些群体做必要的历史定格、历史限制，对于思考法律话语的特定的“整体时代”颇为有益。何

况个人甚至某些群体当时的思想，本身就是其时代整体话语的一个组成部分。这意味着，研究个人以及某些群体的思想的演化路线，是另外的写作策略，与本书存有不同。

本书的问题起点、思考缘由、运作设想，《初版序言》《再版小序》《初版后记》中均有交代。

对于本版，要感谢法律出版社，特别是该社刘彦沣编辑，在殊为重视经济效益的今天，出版纯粹学术著作是有风险的，多少有些使人踌躇，但她选择了支持。当然，学术著作——特别是人文社会科学的著作——也应可读，调动翻阅兴趣，否则意义又是有疑问的。就此而言，依本书的过去表现，希望并且相信本书不会令人过于失望。

作　者

2008年冬于北京

再版小序

我总以为，从当下人们习以为常的话语出发，通过不断地循序渐进地爬梳整理分析剥离，自然而然导向一个新结论或新话语的起点，这，应为一本书的上乘境界。今日提起此点，既是本人自勉的许久期待，也是对《出版序言》中想法的一个补充。至于本书是否做到了，不敢夸口妄言。

1997年 5月本书初次出版于广州。时隔一年，在北京再版了。这要特别感谢北京大学法律系贺卫方君和中国政法大学出版社丁小宣君的鼎力相助。中国政法大学是我的母校，十年前的三载研究生生活，历历在目。十年后，以一种特别方式——出版著述——重返母校，别有一番感慨，这或许是那三载结下的永久之缘。另外，要感谢北京大学法律系沈宗灵教授。当年，作为中国政法大学研究生院兼职教授，沈老师指导了我的学位论文。其为人为学，使我获益匪浅，更使我终生不能忘却这句话：学无止境。依次来说，本书既是一个过去的小结，又是一个未来的开始。

作　者

1998年春于广州

初版序言

阅读者，总是在特定语境中和特定知识状态中进入阅读的，因此，任何一种阅读都是批判（或批评）式的阅读。

当下，国内“阅读”西方法理学（包括英美法理学）的作品已不鲜见。然而，其似乎仍然存在着两个缺憾。透过作者的“视域”再去阅读西方法理学时，一般读者，总会发觉其中的学说理论实在难以理解。为什么西方学者会如此思考法律？为什么在一般读者看来“如此简单”的问题，如“法律是什么”，在他们那里会有“如此复杂”的论说？换言之，中国语境的一般读者，似乎很难在作者的“视域”中进入西方法理学的语境。这是其一。其二，与这一问题密切相联系，一般读者，似乎很难在阅读时展开学理的批评对话。即使有时知道西方学者的许多理论，但仍然无法像在中国语境中相互论辩那样，与之进行学理的较量。作者的“阅读”，时常是学说的“评介”，而“评介”总是缺乏理由的挖掘、理由的分析、理由的对话引导。这自然易使一般读者知其然而不知其所以然，无法进入更深的批评。

本书尝试弥补这两个缺憾。

语境的“融合”，是首要的问题。在本书中，作者将努力使一般读者在自己的“知识状态”下进入英美法理学的语境。一般读者，总会对“法律是什么”有大致的观念，幸运的是，本书作者与一般读者具有同样的“知识状态”，这使作者与读者共同走进他人语境得以可能。更为幸运的是，20世纪英美法理学的发轫点，正与我们的大致观念有着对应关系。当以本书方式进入英美法理学时，一般读者或许会理解，为什么他人会有“如此复杂”的论说。另一方面，本书作者以为，批判

阅读的刺激源可能正在于首先对自己接受的观念产生疑问。在进入语境，同时对自己的观念开始反省的情况下，才会更有动力找寻、挖掘他人成说的理由。依此，本书将时常进行这样的反省。

20世纪英美法理学的各种理论，都有本身的学理根据。它们之间的不同或争论，与其说是观点设想的交锋，不如说是学理根据的对抗。就此而论，真正的批判阅读，应该是理由层面上的追寻与辩驳。理由的分析与把握，可使阅读不仅知其然，知其所以然，而且更为重要的是，在明晰理解的基础上进行深层次的“交往与对话”。本书作者，试图在这一层面上梳理20世纪英美法理学，让不同的学理根据呈现、交流，让读者的批判阅读在这一层面上展开、深入。

这一尝试是否有益是否成功，有待读者的评判了。

作　者

1997年冬于美国俄亥俄州哥伦布

引　言

时间是什么？如果无人问我则我知道，如果我欲对发问者说明则我不知道。

——圣奥古斯丁

毋庸置疑，法律，在现代生活中对于人们颇为重要。如果想使实施的社会行为具有意义，即实现自己预设的目的，那么，便应知道有关的“法律”，该“法律”的效力，以及在何时何种权威机关会依据该“法律”施加具体的物化影响。而要明晰并解决这些具体问题，显然，便应知道法律是什么。

一

如果A在一起车祸中将B撞成轻伤，B试图通过法律解决赔偿问题，B将如何寻找法律？怎样确定自己的权利和A的义务？常识观念以为，可以查询国家立法机关制定的已经文字化的明确规则，如交通法规或民事法规，如果在英美国家，除法规之外可以查找以往法院判例中的明确规则。如果A与B因合同是否已完全履行而发生纠纷，A也试图通过法律确定双方的权利和义务，或要求B全面履行合同，则A同样可以像前例中B那样进行查询。当然，前一例的B和后一例的A，都可以咨询律师、法官、公证员或法律教师，问他们法律是什么，自己权利义务是什么。通常而言，虽然这些法律专业人士查找法律的速度较为快些，范围较为广些，但其同样会在大致相同的范围内寻找法律。

常识观念是一种白纸黑字式的观念：法律，就在立法机关或法院这些权威机构宣布的正式文件书本之中。而且，它暗含了这样一种思想：人们在查找法律时心中都可以存在一把尺子或者一个标准，用其来衡量哪些规则是法律，哪些不是。在社会中存在着道德规则、宗教规则、体育规则、礼仪规则……前例B、后例A以及一般法律专业人士，都可以不在其中寻找法律，他们心中都可以依据“尺子”或“标准”衡量这些规则，并可以发现它们不符合“法律的”要求。

在抽象的法律理论中，“尺子”或“标准”表现为法律的概念或定义。常识观念相信，如果形成了一个法律的概念，那么，根据这个概念的内涵与外延便可以形成“尺子”或“标准”，以在实践中确定什么是法律。这种尺子或标准就像一条分界线，可以将所有称之为“法律”的划在一边，将不称作“法律”的划在另一边。

19世纪末20世纪初，这种常识观念在英美法律理论中颇为流行。即使是今天，仍有人坚持这样的观念。

可以看出，常识观点以为，作为法律的概念或定义，法律，就是国家权威机关制定及认可的以文字方式表现的明确行为规范；其实施依赖社会统治集团的强制力作为后盾。根据常识观点，至少可做如下推论：（1）法律是统治者或国家制定及认可的行为规范并以强制力保证其实施，因此，法律的实施机构（适用机构），在法律实践中便必须执行法律，换言之，执行法律是这些机构不能推脱的硬性义务；（2）法律的定义是如此，因此，在法律实践中便可以将此定义作为确定法律是什么的标准，并用其区分法律规范和非法律规范。在前面的例子中，前一例的B和后一例的A，都有权利要求法律适用机构即法院必须执行正式文件中规定的行为规则，法院也必须将此视为自己的义务。在前一例中，法院应当判决肇事者负赔偿责任；在后一例中，如果的确存在合同违约方，法院就应判决违约方承担违约责任。而

且，无论是案件当事人还是法院，都可以根据上述定义确定法律是什么，确定具体的法律权利义务是什么，并使其区别于道德、宗教等其他种类的规则、权利和义务。

一般而言，如果这种观点在解决具体法律实践问题时，具有相当程度的可操作性，而且在理论上不存在极难克服的论证困难，那么，对其怀疑甚至批驳则是不恰当的。但是，常识观点真能如此吗?

二

1889年，美国纽约州法院审理了著名的里格斯诉帕尔玛（Riggs v. Palmer）案。在该案中，A是B所立遗嘱中指定的遗产继承人，A为防止B改变遗嘱，将B杀害。当时，纽约州法律并未规定如果继承人为谋遗产故意杀害被继承人，则继承人丧失继承权。这样，法院颇感为难。经过慎重思考，法院最终并未执行法律字面上的明确规定，而是从普通法的众多前例中，推演出一个法律原则，即不应容许以欺诈行为或犯罪行为而获得利益，从而判决A不能获得B的遗产。法院认为，任何法律规定及契约不能与普通法的原则相抵触。[1]

1892年，在英国上议院的一个前例中，A以几张票据作抵押向货币兑换商B借款，B遂用这几张票据向银行获得金额超过借出款额的贷款。后B宣告破产，A便向银行索要票据。上议院判决索要合理，理由是银行应当审核兑换商的财力。但在三年后发生的类似案件中，C以几张票据作抵押向股票经纪人D借款，D则以这几张票据向银行抵押贷款。不久D破产，银行遂拒绝退还票据给C。而上议院基于某种情理考虑判决C败诉，表面理由是：在后案中向银行提供票据作抵押的是股票经纪人；银行一般应对兑换商进行审核，对股票经纪人则不一定存在这个问题；股票经纪人不属于前例中判决根据范围涉及的对象。[2]

1892年，美国联邦最高法院，在审理圣三一教会（Church of the Holy Trinity v.United States）案中同样采取了灵活适用法律明确规定的方法。在该案中，美国一个教会同英国一名牧师签订了一份有关牧师前来美国出任教长和牧师的合同。美国 1885年的一项制定法规定，禁止用在外国人尚未移居美国之前缔结劳务合同的手段，鼓励外国人移居美国，但有关外国职业艺术家、演讲学者、歌唱家和家庭仆人的合作除外。这项规定但书部分未提到有关牧师的合作。于是，政府决定对教会予以罚款。然而，最高法院认为，根据可利用的立法资料可以看出，该法立法意图在于对从国外引入廉价的无技能的劳力加以限制，从而判决该教会不应受到处罚。[3]

可以认为，从古至今，适用或执行法律的权威机构在特定的环境中，都出现过背离法律明确规定的情形。而且，这种情形将来可能继续出现。

面对这种现实，人们似乎可以向常识观念提出两个问题：（1）既然适用或执行法律的明确规定是硬性的法律义务，为什么法院及其他法律机构有时会不履行这种义务？（2）既然法律是一种明确的规则，为什么在上述这类案件中，法官好像无法甚至不愿运用常识观点给出的“标准”来区别法律规范与非法律规范？在里格斯诉帕尔玛案中，法官似乎并不认为法律仅仅限于法律的明确规定，并不用常识观点来断定法律明确规定中体现的原则是否属于法律的一部分。在圣三一教会案中，法院认为法律明确规定之外的其他一些立法资料也是法律的一部分，并不像常识观点认为的那样否认这部分资料。

当然，常识观点可以这样认为：在里格斯诉帕尔玛和圣三一教会案中，法院的做法可能是不对的，因为，法院的义务在于严格依照法律的明确规定解决纠纷，如果法院另行其道，那是因为法院自己抱有不正确的法律观念。但是，在里格斯诉帕尔玛和圣三一教会案中，法

院并不认为自己的行为超越了法律规定的义务，它认为，运用法律明确规定中蕴含的原则，运用与法律明确规定有关的立法资料，同样是运用法律。而且，法院在该类案件中完全可以反问：为什么常识观点认为的法律便一定是真正的法律，而它认为的不是?

常识观点可以继续认为，法院的观念当然不正确，因为，法律之所以成为法律便在于其具有明确性、可预测性和普遍性。如果没有这些性质，人们如何有效地安排自己的行为，预测自己行为的法律后果？社会岂不因此而没有任何秩序？此外，没有这些性质，判决某人承担法律义务是不公正的，因为，他事先不知道实施某种行为在法律上是不对的。换言之，在没有这些性质的情况下导致的法律适用溯及既往，使法院判决失去了正当性基础……

但是，不论常识观点在价值层面上怎样继续论辩，实践中的法院，一方面可以继续提出自己的论辩理由，另一方面，仍会在某些案件中继续背离常识观念的法律定义。因此，在这里的要点是：法律实践者在实践中完全可能对常识的法律定义视而不见。就此而论，常识观点似乎并不具有想象中的高程度的可操作性。

从理论的角度观察，常识观点描述的法律定义似乎存在着极难克服的论证困难。

第一，如果法律是立法机关这类法律权威机构制定及认可的，那么，法律权威机构的存在反过来则依赖于法律的存在，因为，对法律权威机构的界定需要对法律的含义有所了解，否则人们便无法说明为何有些权威机构可以称为法律的权威机构，而有些权威机构不能。而如果法律权威机构的存在依赖于法律的存在，那么，这不是一种循环界定？对于法院这种权威机构而言，情况同样如此，因为法院的存在似乎同样不能离开法律的存在。有人或许认为，只说“统治者或国家制定及认可”就可以避免这个困难。其实，这也不能解决问题。统治者或

国家的制定法律行为仍然无法离开具体立法者的行为，而具体立法者本身就是人们常说的法律权威机构。

第二，法律是一种规则或规范，但是规则或规范是什么？显然，如果对规则或规范缺乏一个清楚的认识，当然无法清楚地了解法律的定义。常识观念提出的法律定义是一个种差概念。这种概念的问题是：如果要对规则或规范的概念有一个清楚的认识，便必须对大于它们的类概念有一个清楚的认识。这意味着，依照这种定义模式，人们对于一个概念的把握是无法清晰的，因为人们无法最终把握可以不断延续下去的类概念。这就如同想知道大象是什么，便需知道作为其类概念的“动物”的明确含义，而要理解“动物”是什么，便需知道其类概念“生物”的明确含义，而要知道“生物”是什么，就需进一步理解“物质”“存在”……而且，可以想象，人们似乎总是在一个不言自明而又不甚明确的类概念上理解其他概念的，而这种理解又是不“清晰的”。

第三，任何语词都存在一个语境问题。比如“非法”一词，在计算机语言中可以用作“非法字符”，在法律诉讼中可以用作“非法行为”，在两种语境中其含义是不同的。如果将语境再做宽泛理解，将其视为不仅包括语言，而且包括生活氛围及社会环境，那么语境化的问题便会更为明显。在纳粹德国时期，德国人一般认为权力机构制定的规则就是法律，而在二战结束之后，在某些国家甚至在德国人们时常认为那些规则不是法律。在两种不同的社会政治环境下，“法律”一词显然具有不同的含义。即使是在同一国家的同一个时期，有的人会认为国家权威机关制定的禁止同性恋的规则是法律，有的则会认为它是不公正的因而不是法律，道德观念“语境”的不同导致他们的法律概念不同。在上述里格斯诉帕尔玛和圣三一教会案中，法院与常人对法律一词的不同看法，同样具有语词的语境化问题。常识观念假定了在任何时候任何地方法律概念本身会有一个固定的含义，没有看到，“语境”肯定会使概念的意义产生某种区别。

……

人们可以从许多角度运用许多方法，对常识观点提出理论上的难题。

正是因为常识观点在实践和理论上存在着较大的问题，所以，人们希望而且有理由提出各种不同的学说。

三

“法律是什么”的问题，可以在两个层次上分析。其一是“一般”层次。在这个层次上，人们一般会回答法律的抽象含义是什么，当说“法律是正义的象征”“法律是民族精神的体现”“法律是国家意志的体现”……便是在解说法律的抽象含义。这时法律的含义常与整体上看一国的整体法律是什么有关。其二是“具体”层次。在此层次上，人们会针对一个具体实践问题来问法律的具体规定是什么。比如，当A不慎将B的房屋损坏，不仅B而且A都想知道具体的法律如何规定赔偿的方式；当A与B想解除婚姻关系，他们想知道法律会怎样解决孩子的归属和财产的分割；当某人想去法院起诉，他想知道法律如何说明起诉的条件，起诉的期限，以及诉讼的费用。

对上述一般性和具体性的法律问题，可以从两个观察角度来回答。一个是外在观察者的角度。一个人类学家从人类学的角度想知道人类社会中的法律是什么，他可以仅在一般意义上了解，可以客观地观察社会中一切与法律有关的人类活动，观察人们是如何立法、司法的。在具体意义上，一个英国人可以仅出于好奇去了解法国的财产法、继承法、刑法，他可以翻阅各种介绍法国法律的书籍，以获得这样的具体知识。在此应注意，人类学家和该英国人被假设为不想用法律知识解决实践问题。

另一个是内在参与者的角度。内在参与者通常是一个实践者，如法官、警察、律师、检察官、公证员等。一般而言，内在参与者总想知道具体的法律知识，想知道合同被违反时法律就赔偿、违约金、合同的有效条件、违约责任承担的方式等所做的具体规定。但是，实践者也可探讨一般意义的法律概念。其实，在寻找具体的法律规定时，实践者通常已有某个一般意义的法律概念，在其头脑中，这个概念有时或者未被觉察，或者较为模糊。比如，如果想知道上述合同问题的具体法律规定，实践者便会查阅那些他认为是法律的“资料”。在此，有人可能查阅立法机关制定的法律或法院的判决，而不查法学书籍中的法理；有人则可能既查阅前者，又查阅后者。而有人则可能不仅查阅这些“本文”，而且查阅政治书籍或者伦理书籍。为什么？其实，这已表明，在其头脑中已存在一个法律的概念说明。即使这个概念在其头脑中不清楚，它也潜在于他们的观念之中。否则，便不能说明，他们为何会在特定对象上寻找法律的具体内容。在前面所述的里格斯案和圣三一教会案中的法官，虽然是在解决实际问题，但其观念中仍有不同的一般的法律概念。

可以发现，作为一种法律理论，常识法律概念定义采用了外在观察者即客观观察的角度。其实，这种概念的一个目的，是提供一个可以客观描述法律现象的知识。常识观点的理论蕴含着一个假定前提，即人们可以站在一个纯粹客观的立场，对社会发生的法律现实作出一个知识性的解释，不论是一般的法律含义，还是具体的法律规定。这就如同自然科学家观察动物、生物、地球、月亮、气温、光谱，他们可以作出纯粹客观的自然描述。当然，常识法律观念并非一定不想用法律知识解决实践问题，它只是尤为强调：在认识法律是什么时，可以而且应该首先站在一个客观中立的立场说清法律的一般性质、特征或法律的具体规定。如果人类学家通过研究后，想对立法者或其他法律机构提出自己的法律改革意见，或对一个实际法律争议提出自己的法律见解，这当然是可能的，而且是应该的。英国人在了解了法国的

各种具体法律规定后想去法国进行贸易活动，并想知道自己做生意的实际法律后果，或许还想对法国权威机构提出法律修订的建议，这同样是可能的和可理解的。但是，他们都可以首先客观地把握法律的概念和知识。

于是，在常识法律观念中，法律的存在以及法律实际如何的问题，便与法律的价值以及法律应当如何的问题，成为两个不同思考领域的对象。人们可以争论法律应该这样或者那样，但不会争论法律实际是怎样的。人们可以争论，在里格斯诉帕尔玛案中，继承法的规定应该怎样，但不会争论继承法实际怎样；在圣三一教会案中，人们可以争论有关外劳合同的法律应该如何，但不会争论其实际如何；在英国上议院的判例中，人们也可以争论有关票据抵押的法律规定应该是什么，但不会争论其实际是什么。

如果这样理解常识法律概念，人们便会提出一个进一步的问题：在里格斯诉帕尔玛、圣三一教会案中，法官并不具有和常识观念一样的法律概念，似乎可以看出，他们没有提出法律应该如何，而是“认为”法律实际如何，里格斯案中的法官认为从以往判例抽出的法律原则也是法律，圣三一教会案中的法官认为，以往立法资料显示的立法意图同样是法律，他们并未提出这些法律原则或立法意图应该是法律，为什么一个外在观察者找出了一个一般的法律概念，或者一个内在参与者表达了一个一般的法律概念，其他的内在参与者可能并不接受？为什么常识观点将“法律”这个词用在法律权威机构制定或认可的明确规则上，而上述案件中的法院，却将其不仅用在明确规则上，而且用在法律原则或不明确的立法意图上？

为使问题探讨具有具体感，可以设想在里格斯诉帕尔玛案中，常识观念、该案法官与圣三一案中的法官如何争论“法律实际是什么”。

常识观念可以认为，第一，谋杀者为获得遗产将被继承人杀害的确是不对的，必须给予严厉的谴责和惩罚。事实上，他已触犯刑法并将接受刑事审判。但是，这不意味他必然失去继承遗产的民事权利。就像是否应受刑事处罚应以刑法的明确规定为准一样，是否丧失民事权利，应以《遗嘱法》的明确规定为依据。根据这项法律，遗嘱是有效的，遗嘱继承人被指定为帕尔玛，而且最为重要的是该法没有明确规定杀害被继承人将丧失继承权，所以法律必须承认帕尔玛获得遗产的民事权利。第二，剥夺公民的权利或给予其义务应以明确规定为基础，否则对其是不公正的（因为他预先不知道行为在法律上的对错），而且，假设存在随时被权威机构剥夺权利的可能性，一般公民显然不能正常地安排社会生活。第三，人们可以认为，谋杀者在道德上是恶劣的，允许其继承遗产将变相鼓励这类道德恶劣的行为，而且就被继承者本意而言，如果他知道将被自己指定的继承人杀害，他肯定不会将遗产交给谋杀者。然而，这些都是法律之外的价值判断与猜测。如果允许价值判断和猜测影响法律的明确规定，法律如何保持明确性、稳定性、中立性和客观性？在道德上，人们会有不同的观念与价值，有时不能认为谁是正确的，此外道德缺乏一种明确性，法律的明确规定显然不能允许这类不确定。第四，在该案中，法律的确有漏洞和不足，但完全可以而且应该留给立法机关来解决，法官作为法律的适用者不能具有权力改变法律的明确规定，否则，其权力的行使失去了政治上的正当性，因为一般公民将立法权交给了立法机关而非法院。

该案中的法官可以认为，第一，所有的法律明确规定都有潜在价值观念和基本原则，在制定法律的时候，没有价值导向和原则基础是不可思议的。在这项遗嘱法的明确规定中，潜在价值观念和原则基础是允许人们自由处分自己的财产，尊重财产所有人的真正的自由意志，如果缺乏对价值观念和原则基础的考虑，根本不能理解《遗嘱法》中明确规定的真正含义。第二，法律制度中的各种法律判决不能

自相矛盾，不仅在具体内容上如此，而且在其体现出的一般原则上也如此。在以往普通法的判例中，完全可以发现一个共同原则：不能因过错而获利。如果判决谋杀者有继承权，便与这项原则产生矛盾；不仅如此，这样还会与另一项重要原则——相似情况相似对待——产生矛盾；因此，蕴含于明确法律规定之中的背景原则不能不予考虑。第三，谋杀者的行为不仅在道德上是不对的，而且违反了在《遗嘱法》明确规定以及其他法律之中共同体现的法律原则，这样，判决谋杀者仍有继承权，不仅是道德正义的失败，而且是法律正义的失败。第四，立法机关在制定或修改法律的明确规定时，为避免自相矛盾同样会考虑原则基础，在这个意义上，法院根据原则解决问题不会与立法方向产生不同，因而不存在“正当性思考”所担心的立法与司法的矛盾困境。

圣三一案中的法官可以认为，第一，法律的明确规定是立法者的意志和意图的体现，因此其含义必须以其为依据，政治正当性的思考不是让人们尊重法律的具体文字，而是让人们尊重立法者的意图，如果对法律的明确规定的理解与对立法者意图的理解产生矛盾，便应以后者为依据；可以设想，假如立法者在制定《遗嘱法》时预见这类谋杀行为，便会制定相应规定剥夺谋杀者的继承权，所以判决该案时必须将立法者意图视为法律的一部分，否则才会真正产生正当性的问题。第二，法律应该具有中立性和客观性，但是只有在明确知道立法者的意图时才能保证中立性和客观性；因为，对文字人们总会产生不同的理解，对法律的明确规定中的文字来说存在同样的问题，如果仅以法律的文字为依据，才会因人不同而产生不同的理解，法律的中立性和客观性从而才会最终失却。第三，在某些问题上，人们可能难以设想立法者的意图，但是在基本的道德是非上，立法者的意见是完全可以设想的。作为有正常思考能力的谋杀者，他可以而且应该知道立法者将会对其行为作出怎样的法律规定，因此，根据立法者意图判决

剥夺继承权对其来说不存在不公正的问题，在基本道德是非上，他不能以“预先无法知道法律的明确规定”为理由要求保留继承权。

常识观念可以继续认为，第一，虽然法律的确包含着一般价值观念和原则，但是法律的价值和原则并不仅仅限于公平正义的内容。法律的稳定性和法律的可预测性同样是法律的重要价值和原则。有何理由认为，作为价值和原则的稳定性与可预测性应该让位于公平正义？判决A可以获得遗产是正确的，而且极为可能优于相反判决。因为，法律的明确规定要比“公平正义”或“不能因自己过错而获利”的原则具有更明确的内容，因而具有更高的可预测性。对于一般公民来说，这种形式上的稳定性和可预测性要比实质上的公平正义更为重要。第二，就立法者的意图而言，如果认为有时法律的文字存在着模糊性因而需要解释，那么有何理由认为立法者意图就不存在这种情况？完全可以发现，有时有关立法者意图的资料同样是模糊的，同样需要解释。相比而言，法律的文字要比这些资料更为严谨更为清晰，立法者在使用文字立法时遵循了严格的语法规范，在相关资料说明中未必这样严格。

帕尔玛案的法官可以继续认为，常识观念的反驳正是说明了一般价值和原则的重要性。当你认为适用法律的明确规定的理由在于稳定性和可预测性的价值和原则时，你实际上考虑了各种法律价值和原则，权衡了孰轻孰重，并在此基础上认为一种价值原则优于另一种。这种思考本身就预设了运用法律明确的文字规定应以一种价值或原则为根据，并预设了法律的概念不仅包括明确规定而且包括一般价值和原则。

圣三一案的法官可以继续认为，在解释文本本意时，“对话资料”优于“陈述资料”。比如，通过对话交流来了解某人的文本本意，显然优于只阅读其自述材料。作为立法意图的有关资料，通常是以对话

交流形式来表现的，而法律本文文字便类似某人的自述材料，运用前者来理解法律明确规定的本意要比后者更为可靠。所以，法律的内容不能不包括对立法者意图的说明。

……

通过观察三方的论辩，人们似乎不能断定谁的观点是正确的。但有一点可以指出，常识观点认为自己提供的法律概念定义是客观的、中立的，似乎没有坚实的理由。纯粹客观地提出一个法律概念或知识似乎是不可能的。其实，不论是帕尔玛案中的法官、圣三一案中的法官还是常识观念，在论说自己的法律概念时，都没有采用纯粹客观观察的立场，其主要理由或证据并不来自可“客观证实”的现实资料，而是来自基本的价值态度。这在某种意义上说明了，为什么一个外在观察者或内在参与者提出的法律概念，也许不被其他内在参与者所接受，为什么常识观念和其他观念会不同地使用“法律”这个词，在它们之间很难达成一个共同使用这一词汇的“契约”。在法律实践中，与常识观念设想不同，人们不仅会争论“法律应该如何”，而且会争论“法律实际如何”。更为重要的是，当认为法律实际如何时，似乎又不能避免思考法律应该如何。就此而言，常识观念选择的“客观”立场，是否本身便决定了常识观念的不可操作性和理论上的困难?

四

前面，笔者对一般常识法律观念提出了一些问题，这些问题正是20世纪英美法律概念学说中的某些争论焦点。通过这些焦点，读者可以想象法律概念学说论辩的广阔空间。毫无疑问，法理学的最核心问题，是法律的性质或法律的概念，这一问题在某种意义上又是人们分析思考法理学其他问题的出发点。但是，这一问题在很大程度上不能在自身内加以解决。其解决有时可能依赖对周边问题的理解，如法律的作用、法律的效力、法律的目的、法律的推理、法治、道德认识、

哲学思考、政治道德姿态……对周边问题的认识，对核心问题有着重要的参照意义，有时，对周边问题的认识甚至决定了核心问题的解决方向。周边问题的数目与层次是繁多的，所以，争论的思路也是无穷的。这便不奇怪为什么人们时常会有圣奥古斯丁的困惑：欲说明时间时则不知时间是什么。

第一章　实际存在的法律命令

凡是君主希望的便具有法律效力。

——查士丁尼

严格地说，常识法律观念在19世纪后才可称为常识观点。正是从19世纪末开始至20世纪上半叶，一般学者才普遍接受这种观点作为一般性的没有错误的法律知识。这种观点的原型与英国哲学家边沁（Jeremy Bentham）及法学家奥斯丁（John Austin）的分析法学有着紧密联系。在展开论述20世纪英美法律概念学说之前，对这种学说进行探讨是十分必要的，因为，20世纪英美法律概念学说都在不同程度上对其基本观点进行了清理与批判。

从法律概念理论来看，分析法学的核心观念在于"实际存在的法律命令"。这一观念包括三个基本内容：（1）法律的命令说；（2）"实然"与"应然"的分野；（3）法律可以作为科学的研究对象。其可以概括为三个基本模式：自上而下的强制决定，摈弃法律的理想因素，客观中立的法律知识。

一、法律是一种命令

将法律看作一种命令，意指法律表达制定者的意志，这种意志表现为意愿明示而且必须为他人所接受，否则制定者将给予暴力式的制裁。

这种观念来自两方面的对法律现象的思考。第一，将全部法律视为义务强制的规定，从而将其视为制定者的强制意愿的表现。第二，将任何法律规定的权利义务问题最终归结为刑事处罚问题。

先看第一点。在法律中时常可以发现，不得盗窃他人财物，不得侵犯他人财产，不得侵犯人身权利，不得损害国家利益等规范性质的要求，都被权威机构规定为一种必须遵守的法律义务。如果违反这些义务，便会受到权威机构的强制制裁。如果A在黑夜中潜入B住宅，将B重要财产全部窃取，A便违反了权威机关规定的法律义务。权威机关不仅会强制A将所窃财产归还给B，而且会对A实施强制制裁。制裁也许包括罚金、判处有期徒刑，也许包括更为严厉的剥夺生命权利。可以看出，这类权威机关制定的义务要求是一种制定者的强制意愿的直接表现。另一种强制意愿的表现是较为间接的。可以看到，法律时常规定公民可以根据自己意愿订立遗嘱，可以和他人订立买卖契约，可以出版自己撰写的作品，可以委托他人代为商业谈判，这些规定虽然表明公民有可以做什么的权利，但似乎也暗含着对他人的强制义务规定，暗含着法律制定者的强制意愿。自愿订立遗嘱的权利暗含着当某人自行订立遗嘱时，他人便不得干涉，如果干涉将会受到权威机关的强制制裁；签订合约的权利暗含着当A与B签订一份买卖合约，他人同样不得干涉，否则也将面临强制制裁；对某人出版作品或委任他人代为谈判，任何其他人都有不得干涉的义务。无论上述规定是直接的还是间接的义务规定，似乎都表明权威机关具有强制要求人们实施或不得实施某类行为的意愿。

就第二点而言，前述权威机关强制意愿的直接表现的义务规定当然是刑事处罚问题。后一种间接表明的义务规定有时会立即表现为刑事处罚问题，有时则会稍慢表现。如果为阻碍遗嘱人订立遗嘱而使其丧失思维能力，或为阻碍他人签订合约强行将他人拘禁，便会立即触及刑事处罚问题。当A为阻止B出版作品而将作品藏匿，A便有民事

义务而非刑法规定的义务返还作品，如果A仍拒绝交出，权威机关则会强行将作品返还，如果A反抗权威机关的执法行为，则会最终触及刑事处罚，虽然这不是一种立即表现。有些法律规定并不直接说明权利义务，而是直接说明何种行为有效或者无效。如果A趁B之危与B签订合约，权威机关便会宣布合约无效。当A依合约取得B的财产，根据权威机关的无效宣布，A就应予以返还。如果A拒绝返还，权威机关会强制其返还，如果A继续反抗，则会受到权威机关的刑事制裁。因此，就有效无效的法律规定而言，它们仍然最终可以归结为刑事处罚问题。如果依照这种观察推论，似乎可以发现许多法律问题最终可以归结为刑事处罚问题。

这两种对法律现象的思考引出一个重要的结论：所有法律规定最终应以权威机构的强制义务的意愿和刑事处罚即暴力制裁为依托，没有这种实质有效的意愿和暴力震慑，法律规定便会失去实际意义，将无法区别于道德规范或其他社会规范。

001　命令、义务和制裁

正是通过这种对法律义务和暴力制裁最终性的理解，分析法学提出了法律命令说。

法律是一种命令，这种命令是社会的主权者为支配社会成员而发布的。边沁说："可以将法律界定为一国主权者设想或采用的一系列意志宣告，其涉及某个人或某些人在一定情形下服从的行为。这些人是或应该是受制于主权者的权力……"[4] 因此，对于法律来说，最为合适的词语是强制命令（mandate）。[5] 奥斯丁认为："就法律一词最为普遍最为可理解的使用方式而言，可以将其视为握有控制他人的权力的人为其目的而制定的规则。"[6] 严格地说，"法律是一种责成个人或群体的命令……法律和其他命令被认为是优势者宣布的，并约束或责

成劣势者”[7]。命令一词在边沁和奥斯丁的理论中具有十分重要的意义。奥斯丁认为：“如果某人向他人表示或宣布要求其从事或停止某种行为的愿望，他人拒绝依照此愿望行事，此人以一种灾难来惩罚，那么，此人表示的愿望就是命令。”[8]命令与其他愿望的区别不在于表达的内容是什么，而在于如果命令式的愿望被置之不理，发布命令者便会根据自身的权威和力量给予对方不利的后果或痛苦的惩罚。反之，当他人并不遵从某人的愿望时，愿望表示者无法惩罚违抗者，那么，愿望便不是命令。“优势者这一术语说明力量：用恶果和痛苦影响他人的力量和通过恶果的恐吓强迫他人按某人意志行事的力量。”[9]于是，作为一种命令的法律包含三个意思：“（1）某人设想他人应该为或不为的愿望或意欲；（2）如果后者拒绝将会出现来自前者的恶果；（3）意志用语言或其他标记来表达或宣布。”[10]

根据法律命令说，如果A因B的侵权损害行为而要求B赔偿损失，法院依法判决A胜诉，则是由于社会主权者以命令的方式规定在这种情况中B必须赔偿A的损失。当B不履行法院判决的义务，社会主权者便会通过法院对其实施制裁。同样，当A与B发生合同纠纷，而法院依法判决B必须全面履行合同规定的义务，这是因为社会主权者也规定了命令要求B必须履行义务。如果B不按法院的判决执行，则会受到主权者的惩罚。

另一方面，就法律的性质而言，命令、义务和制裁是一个事物的三个方面，“命令、义务和制裁是分开而又相互联系的术语，每个都具有与其他两个术语相同的含义……三个都直接并间接地说明了一个问题。每个都是同一复杂含义的名称”[11]。当说“命令”时，是指愿望的表达或宣布；当说“义务”时，是指发生恶果的可能性；当说“制裁”时，是指付诸实施的恶果本身，[12]“每个有实效的基本法律是命令，每个法律命令设定了一个义务”[13]。而没有强制制裁的法律本身就是一个术语矛盾。[14]

由于法律是一种命令，法律的渊源便来自主权者的意志。主权者可以想象自己发布任何的命令，可以采用以往主权者及其下属颁布的规则。[15]因此，主权者可以制定任何内容任何形式的法律。如果说主权者有何优越之处，显然，这就是一个十分重要的优越之处。那么，主权者是什么？分析法学从英国哲学家休谟（DavidHume）那里接受了政治主权是由社会习俗、惯例和习惯产生的观点，[16]将主权者定义为这样一些人或集团：社会大多数人对其有一种服从习惯，反之，他们不习惯服从任何人。[17]

002　历史中的法律

由于将法律视为主权者的命令，于是，制定法律的机构及其制定的规定在分析法学中具有颇为重要的意义。但是，这种观念首先遇到了法律史学家的批评。

有论者指出，法律发展是一个逐步进化的缓慢过程。分析法学描述的制定法律的权威立法机关，是一种人们在近现代才熟知的机构，其制定的规则也是一种人们在近现代才明确的规则。只是在法律制度演进的较晚阶段，这种立法机关和规则才出现。近现代式的立法机关及其规则十分不同于早期阶段的权威机构，前者不仅要以权威的集中化为前提，而且要以“明确规则秩序”的观念（即认为社会要有基本明确的规则指引行为的观念）为前提。在法律制度的早期阶段，人们可以看到各种形式和机制的具有法律要素的制度。这些制度并不具有分析法学所说的立法机构和规则。在古代东方规则制度中，部落首领可以指挥一切，任何形式的拒绝服从都会导致痛苦或死亡。部落首领可以建立军队，征收捐税和处置俘虏，然而却从未存在近现代式的立法机关和分析法学描述的立法机关制定的那种明确的法律规则。在那种法律制度中，人们也没有普遍的明确规则秩序的观念，而只有一种十

分简单的权威观念或习惯观念。因此，法律史表明法律并不必然等同于近现代的制定法。[18]

法律史学家对法律概念学说的批评是颇为常见的。然而，这种批评是以自己主张的法律概念为基础的，即认为法律的概念是由另外一些内涵构成的（故在此基础上认为古代历史中的某些制度可以称为法律，否认它们是没有理由的）。这样，分析法学回应这种批评的方式自然可以类似批评者的批评方式：坚持认为自己的概念是真正的法律概念，对方的概念要么是定义的错误，要么是现象的误读。分析法学以为，批评者所说的古代规则秩序其实不是一种法律秩序，它们是一种实在道德或习俗而已。[19]这种实在道德或习俗不具有法律的要素。在分析法学的观念中，法律的概念必须来自对“法律现象”的抽象与分析，这种法律现象是人们公认的没有争论的客观现象。对于越远古的制度现象，人们越会存在不同的看法。

所以只有在较近的历史阶段及近现代人们基本承认的“法律现象”中，才能分析法律的基本特质。分析法学相信，法律命令说是对这些现象的客观分析，这种分析表明批评者说的古代规则秩序不是法律秩序。因此，这类法律史学家的批评不能成立。

人们可以发现，虽然法律史学家的批评与分析法学的回应在逻辑层面上没有重要意义，但是这种争论本身足以表明：不仅法律史学家而且分析法学也应反省自己的法律概念。当对某种制度是否为法律制度有不同看法时，也许就意味着对法律概念一词有不同看法，而且，也意味着争论者是在不同意义上形成了法律观念。如果是这样，分析法学便不能简单武断地以“这种规则秩序不是法律秩序”这种方式，来回应法律史学家的批评。

分析法学的赞同者曾提出过另外一种回应。他们以为，即使边沁和奥斯丁的理论用于原始社会历史中的法律秩序是不适当的，但将其

用于近现代法律秩序则是恰当的。于是，类似古代东方规则制度的现存地方自治性质规则秩序和习俗行为规范，不论其历史渊源多么久远，除非获得主权者的认可否则不具有近现代法律的资格。其实，奥斯丁本人便说过，国家可以以默许的方式认可习惯的法律效力。[20]可以认为，在同一时期同一空间内，国家既可以废除那类规则秩序和习惯，也可以允许其下属权力机构借助政治共同体的力量去实施这些规则秩序或习惯。因此，上述批评是错误的。古代东方规则秩序不能认为是一般法律制度。

这种回应利用了一个事实，即在某些地方，自治性质的规则或习俗规则由于未获得主权者的认可，时常不具有制定法那样的法律效力。然而，一种秩序被某种主权者废除并不意味着这种秩序不能称为法律。古希腊古罗马的一些规则秩序在近现代已被主权国家废除了，但人们并不因此而否认它们在历史上的法律地位与资格。人们只是认为这些秩序在近现代没有法律效力而已。所以，这种回应仍然是一种运用自己认定的概念反驳他人的概念，同时，混淆了法律的性质资格与效力资格。

003　法律的连续性

某些学者认为，分析法学的命令说不仅面临着历史层面上的法律概念外延的困难，而且面临着这一层面上的法律实践的困难。

根据分析法学的观点，法律的存在依赖一个社会中的大多数人对某个人或某些人的习惯服从。由于存在这种习惯服从，一个立法机关（或政府）才得以顺利制定和颁布法律。于是，如果某一立法机关不能得到社会大多数人的习惯服从或曰继续执政，那么便没有制定者来发布法律命令，法律的存在因而便会中断。而且，直到新的立法机关（或政府）被习惯服从并且发布以制裁为后盾的命令为止都不存在法

律。尽管这种观点可以说明以革命形式出现的立法机关（或政府）更替和法律制度的更换，但是，它却不能说明当存在调整立法机关合法更替的法律时出现的合法政权交接。例如，如果立法者是一个单独的个人比如君主，当其去世后，其权力继承人继承君主王位，那么在后者获得社会成员普遍的习惯服从之前，前者制定的法律一般都会继续具有效力。因此，不难发现，在这一间断期间，前者的法律极难说成是边沁和奥斯丁式的主权者命令。换言之，命令说无法说明法律的连续性。[21]

奥斯丁曾试图用“默认”的概念来解释这个问题。他说，之所以前任君主的法律继续有效，是因为在法律机构适用这种法律时后任君主给予“默认”。[22]这样，在前任君主去世后，只要其制定的法律仍然被适用，该法律就可以认为是后任君主的意志的“默认”表达。其实，只要后任君主愿意，他也可以废除前任君主时期的法律，重新制定颁布新的法律。[23]然而，在这种解释中，分析法学在命令说中增添了“认可”这一不甚清楚的概念。根据奥斯丁的理解，“认可”包括明示认可和默许认可，在立法机关合法交替的过程中，最为重要的是默许认可的概念（因为明示认可时常被看作就是法律的制定）。人们可以发现，如果引进“默认”的概念，命令说将会出现一个进一步的困难。

如果A对B说，他将遵循70年前的制定法来解决一个具体法律问题，作为新任主权者的B不置可否。当A处理问题之后，B仍然不发表任何意见。那么此时的法律处理是否表现了B的主权者意志？如果认为表现了，那么这种默认便会和法律命令说的基本要求发生矛盾，因为，法律命令说的一个要素是法律的明确性，即主权者表达意志的明确性，在这里显然不具有这样的明确性。如果认为没有表现，那么A的处理是不是“法律上”的处理？实际上，在立法机关或政府合法交替的过程中，A这样的处理并不是不存在的，而且人们并不认为这类处理不是法律上的处理。在许多情况下，过去的立法仍然被适用，似

乎并不是因为后任君主的“默认”，而是仅仅因为它似乎像习惯一样被法律适用机构继续适用而已。

在此，一个更为严重的问题是：在立法机关或政府合法交替的过程中，使交替成为合法的法律不可能是后任立法机关或政府制定的法律，不能将其视为后者命令式的意志体现。在交替过程中，后者实际上将规定交替过程的法律视为应遵守的一种社会规范。这种情况不仅时常出现在现代的民主国家，而且时常出现在历史与现代的君主专制国家。在没有出现革命或政变的情况下，立法者或政府的交替总是依据已存在的法律规则来实现的。法律命令说只说明了部分的主权者直接制定颁布的法律，但根本无法说明使合法交替成为可能的法律规则。这种规则不仅使新的立法机关或政府成为主权者成为可能，而且使旧的立法机关或政府制定的某些法律规则延续下来成为可能。[24]

004　对立法者的法律约束·法律制裁

法律的连续性说明了在历史过程中立法者或政府有时自动接受了一种法律规则。然而，即使是在现代社会中，立法者有时不仅会遵守使合法立法者交替成为可能的法律规则，而且在其他方面有时会受到法律规范的约束。如果立法者遵守法律或受法律的约束，那么，分析法学的“制裁”概念便会出现问题。

一般来说，立法机关在立法时通常要遵守规定立法程序的法律规则。这些规则会规定如何提交法律议案、如何讨论并通过法律议案、如何修改或废除原有的法律规则，以及在何种情况下通过法律议案具有法律效力。这些规则与立法者的义务或职责有关，有时正是由立法者自己制定颁布的。而且，作为立法者的个人在社会中也要受到其他法律的约束，比如不能发表损害他人名誉的言辞，不能从事贸易活动，必须依法纳税等。这些例子表明，在许多情况下立法者所颁布的

法律不仅对一般公民而且对立法者本身都具有约束力。有论者指出："在大多数法律制度中……主权者是受法律约束的"[25]；"奥斯丁的设想是主权者因为制定了法律故在法律之上，然而这与事实明显不符。事实表明在某些社会中某些法律不仅适用于臣民而且适用于主权者。"[26] 另有论者指出，即使是刑法"也是共同适用于那些制定它们的人，而不仅仅适用于其他人"[27]。

分析法学曾偶尔认为，立法者对自己规定义务是不奇怪的，但应区别主权者在社会中的不同资格或角色。当主权者作为一名普通的社会成员时，他完全可以受自己制定的法律的约束。当他作为一名立法者时，有时会受到约束，有时便不会。就后一种情况而言，立法者有时要遵守比如有关立法程序的规则，但在最终权力上可以决定这类规则的存留，只要立法者有这样的意愿和意志。当认为法律是主权者的命令时，主要是就立法者的这种最终权力来说的。因此，有时受约束并不影响命令说在整体上的成立。

但是，根据法律命令说，主权者的立法权力是无限的，而且主权者发布的法律命令与义务、制裁是一个事物的三个方面，都是自上而下的强制规定，因而关键问题是立法者怎能以强制力或暴力制裁来威胁自己遵守法律？换言之，如果的确存在对立法者的法律约束，那么，依照法律命令说，人们只能认为立法者是在命令、限制和威胁自己了。这样看来未免有些荒谬。

进一步的问题是：立法者遵守一些法律是否可以理解为因为担心受到制裁恶果的缘故？更进一步的问题是：如果不习惯服从他人的立法者自己不服从法律义务，谁来强制？

有人可能认为，当立法者不服从法律义务时，由法律适用机构如法院来强制其服从。但法院是一个执行立法者制定的法律的机构，根据法律命令理论它习惯服从作为主权者的立法者，如果它可以强制后

者，这不仅在逻辑上而且在现实中都将颇为别扭。当然，尤为应注意的是，这些问题还不仅仅是别扭的问题。在现代社会中，立法机构时常以代议制形式出现，其立法行为并不直接表现为大多数选民的意志表示，而且现代社会的立法内容范围极为广泛，大多数选民也不可能在任何法律制定上直接表达意愿，这样，立法行为的规范限制问题便具有重要的政治意义。而分析法学的命令说实际上主张了立法行为不会而且不应该最终受到规则的限制。

与此相关的一个问题是，现代社会的一些宪法性规定有时是以大多数公民投票的方式来制定的，当这类宪法规定出现后，立法者的立法行为往往是以其为依据的。这表明立法者的权力并不是绝对的，它有时要受到宪法的约束。在这种情况下，如何理解大多数人对少数主权者的习惯服从？怎会出现立法权力无限的情况？分析法学有时认为，主权者有时是少数个人（比如在专制国家），有时则是大多数人（比如在民主国家），在大多数人的情况下，宪法仍是主权者的命令，此时的立法者只是被授权代行立法。但是，如果是大多数人，怎会出现自上而下的强制义务性的命令？自上而下强制义务的概念通常是一个“政治中少数统治者对多数被统治者”的语境中的概念，根本不适宜描述大多数人的民主政治。

005　法律的自愿内容

其实，有关立法者立法形式和内容的法律，不仅包括一些义务职责性的规定，而且包括一些权力性的规定。立法者在制定法律之后有权解释法律的含义，有权将解释权交给其他法律机构，有权宣布某些习俗规范或道德规范具有法律效力。这些权力性规定似乎不能理解为强制性的义务规定。在其他法律中，人们可以观察到，许多规则同样具有授权性质因而不具有强制性。例如，规定遗嘱继承权的规则、签订民事合同的规则、自愿赠予的规则、言论自由的规则、法院审判权

力的规则等。正如有论者所说："规定合同订立、遗嘱订立和结婚具有法律效力的法律规则并不要求人们必须以某种方式做出行为。这样的法律并未设定义务或责任。"[28] 这些规则与义务性质的规则有着明显的区别。像禁止盗窃的义务规则，如果义务主体违反之，则存在强制制裁的问题。而对于根据授权规则有权要求盗窃者返还财产的当事人，则不存在强制问题，他可以要求也可以不要求，无论如何这是其自愿选择的问题。有选举权的人放弃选举权，有生育权利的人放弃生育，债权人放弃对债务人的追索权利，这些放弃都有自愿的性质。对被授予权力或权利的主体来说，如果不运用这些权力或权利，肯定不存在强制运用的问题。这样，如何解释授权规则与强制制裁的必然关系？如何解释授权规则也是一种义务性质的"命令"?

前面我们提到过，法律命令说的一个出发点是将权利性规则视为暗含着义务性规则的法律。边沁和奥斯丁以为，没有仅仅产生权力或权利的法律，但有仅仅产生义务的法律，换言之，每一个权利都对应着一个义务或者责任，但是，"每一个义务或者责任，并不必然对应着一个权利"。[29] 仅仅包含义务的法律与权利或权力无关，可称为"绝对的"义务。但是，每项真正授予权利或权力的法律都明确地或不言而喻地强加了一项相应的义务，或一项与权利或权力相关的义务。如果它详细规定一种当权力或权利受到影响或侵犯时所采用的补救方法，便是明确地强加了一项相应的义务；如果没有详细规定这种补救方法，那么，它将心照不宣地参照以前的法律，并赋予一种新的权力或权利使之能产生新的补救方法，这是与权力或权利相关的义务。[30] 按此说法，某权威机关拥有审判案件的权力，便意味着他人具有不得妨碍其审判权力的义务；某人享有继承权，便意味着他人具有不得侵犯或妨碍其继承权的义务；某人享有自愿赠予权利，便意味着他人具有不得侵犯或妨碍其权利的义务。于是，授权规则便与强调制裁具有间接的必然联系，从而仍然可以将其视为一种"命令"。

边沁和奥斯丁的解说存在着一个隐蔽的逻辑困难。按照其上述间接义务推理的方式，某人的权力或权利规定意味着他人的一般性义务规定，这样，人们同样可以运用相反的推论认为，一般性的义务规定意味着他人的一般性权力或权利规定。比如，规定必须遵守立法机关制定的规则的义务，便可以视为间接地不言而喻地规定立法机关具有最高权威的立法权；规定不得损害他人的名誉，便可以视为间接地不言而喻地规定他人享有名誉权；规定不得盗窃他人财物，可以看作间接地规定他人享有不可侵犯的财产所有权。如此，可以推出所有义务性规则都是间接的权力或权利性规则，因而并不具有强制性的奇怪结论。显然，在这里不能认为只有边沁、奥斯丁的推论是正确的，而相反推论是错误的。英国法学家哈特（H.L.A.Hart）就曾深入分析过这点。[31]

此外，从立法者的目的来看，某些法律的制定的目的就在于设定义务，而有些法律的制定的目的就在于授予权力或权利。像规定纳税人纳税的法律，其目的显然在于对纳税人设定纳税义务；而规定征税人有权征税的法律，其目的显然在于授予征税人征税的权力。如果将后者解释为：该法律的目的是设定他人不得妨碍征税人征税的义务，那么这种解释似乎是莫名其妙的，因为，在法律的其他地方，一定会存在“不得妨碍征税人征税”的义务性规定。

因此，可以认为，边沁和奥斯丁的论证方式似乎是不能成立的。它并未能有效地说明所有授权规则均具有强制性的制裁作为后盾，从而也未能说明这些规则同样是“命令”。

事实上，授权性规则和义务性规则一定存在着重要的区别。而且，这一区别在命令说的基础上是难以辨明的，必须依赖新的思路才能予以揭示。

006　积极义务和消极义务

根据分析法学的理论，法律命令是一种义务规定，义务必然连结着制裁。这是说，所有义务都是被迫的、消极的，出于畏惧法律的强制制裁，人们才遵守法律的义务。然而，正如授权规则具有自愿的内容一样，有些法律义务也有自愿的问题。

有论者以为，法律命令说中的义务概念的一个十分致命的弱点在于混淆了两种行为模式：有义务做某事和被迫做某事。如果一名持枪歹徒威胁某人交出钱财，后者出于别无选择将钱包交出，那么，可以认为后者是被迫交出钱包的，但不能认为他有义务交出钱包。这表明，某人在特定情况下有义务做某事，与其在特定情况下因受威胁而做类似的事情是无关的。所以，制裁或强制与义务之间的关系便不能通过立法者使用威胁或实际的强制力来解释。威吓只是使行为者处于被强迫而不是有义务的地位。[32]

分析法学的赞同者认为，有义务做某事和被迫做某事的确是有区别的，但是区别在于前者是一般性的、普遍性的，而后者是个别化的，而不在于前者与制裁威吓没有必然联系。像法律规定的纳税义务，当然与制裁威吓有着必然联系。可以看出，要求纳税人交税，是以如抗税偷税则罚款或判刑作为威吓的，说纳税人因威吓而被迫交税并无不妥。此外，虽然人们不能说被迫做某事便是有义务做某事，如被迫去抢劫、被迫去伤人，但可以说有义务做某事就是被迫做某事。

在此可能涉及两个问题。首先，是否所有义务都连接着制裁？其次，在实际法律活动中，某人依照法律规定履行义务，是否都是出于被迫？

就前一问题而言，有的义务的确连结着制裁，有的义务可能不连结着制裁。比如，实施民事制裁对实施制裁的法院来说是义务（也是

权力），但是这种义务背后不可能存在着制裁威吓；征税机关有征税的义务而且对偷税漏税的人有罚款的义务（也是权力），然而其义务背后也不存在制裁威吓的问题。这或许说明，有的义务履行只能依赖义务人（或机构）的自觉自愿。此外，正如有学者指出的，即使某个实施犯罪的一般人（如一名公司职员）由于种种原因可能不被逮捕或不被判刑，即未受到制裁，这也不能说明他没有法律义务。法律义务和法律制裁在某些情况下并不存在必然的事实上的连结。[33]

就后一个问题来说，显然有的人履行法律义务是出于自愿。换言之，有人自愿纳税就像有人被迫纳税，有人自愿执行法院判决就像有人被迫执行，这些都是不奇怪的。法律命令说在此的弊病是未区别消极义务的表现和积极义务的表现。实际上，将法律与命令、义务和制裁视为同等的，便是将所有的法律规则看作是义务规则，而且是消极义务的规则。

另一方面，分析法学的一个出发点是，所有法律问题最终可以归结为刑事制裁问题，这是说，如果不断地违反法律规定，最终一定会面临刑事制裁。这样，分析法学可以认为，如果一个有纳税义务的人不纳税，征税机关可以对其罚款并强制征税，如果此人抗税，则会面临刑事处罚的问题。但是，最终的刑事制裁由谁来执行？一般回答当然是法院。如果法院在应该实施刑事制裁时不去履行义务，哪个机构可以对其实施强制？显然，不会也不可能存在对法院实施强制的机构，即使存在，进一步的机构本身也存在同样的问题（而且这还会与法院独立审判的价值观念发生冲突）。因此，在法律制裁的链条上必然存在一个本身不存在被强制的“终极机构”。这种机构的义务只能是一种自觉自愿性质的义务。这种机构及其义务对法律现象的存在至关重要。在实际意义上，正是这类机构及其义务的存在才使其他法律义务成为可能。然而法律命令说的义务强制概念不能对其作出有效的说明。这便不奇怪为何有学者指出：法律命令说无法交代清楚，为了论

证某些法律义务来自制裁，为何不能假定实施法律的司法机关存在是前提，而非得假定命令的存在是前提。这些学者认为，为了说明制裁的实际意义，事实上只需假定执行机构及其义务的存在，而无须解说法律必须是主权者的命令。[34]

从整体上看，法律命令说似乎给人这样一种印象：在其眼睛中法律仅仅等于刑事法律。一般而言，刑事法律的主要内容的确在很大程度上涉及以制裁为后盾的行为义务。但是，有论者以为，即使从刑事法律本身来看，其也包含着许多程序上的内容。这些程序规定着在审判前警察如何侦察破案，检察官如何起诉，法官如何定罪等内容，很难将这些内容视为规定了以制裁为后盾的行为义务。[35] 因此，法律命令说即使在人们通常认为的义务性极强的刑事法律范围内，都不具有充分的说服力。

007　主权者和强暴者

在法律命令说中，至关重要的一个概念是制裁。这一概念表明法律的最终基础在于强制性的暴力。当主权者发布了普遍性的命令，大多数人便必须遵守命令规定的义务，否则便会遇到惩罚性的制裁。前面，批评者举过持枪歹徒如何抢劫财物的例子，该例说明被威胁者并不因为歹徒可以实施暴力从而具有义务。在此例中，人们观察的视野集中在被威胁者身上，从而得出“被迫做什么”和“有义务做什么”存在着区别的结论，得出分析法学将所有义务视为“被迫做什么”是错误的结论。现在，我们试将视野集中在威胁者身上，看看法律命令说在另一方面的问题是什么。

法律命令说的要素有三个，其一是命令即意愿的表示，其二是义务告示即说明被制裁的可能性（所以他人被迫去做），其三是制裁本身即恶果的实现。在持枪歹徒的身上，似乎可以发现这三个要素都是

存在的。歹徒要求他人拿出钱财是一个意愿的表示，他告诉被威胁者如果不交出钱财将会出现何种恶果，这等于告诉被威胁者这是一个义务，当被威胁者拒绝交出，歹徒就会给予实际的强制制裁。经过这种分析，可以发现法律命令说面临的另一方面的问题是：为什么只有主权者的意愿表示可以成为法律，持枪歹徒的意愿表示不能成为？换言之，主权者的意志表达因为有制裁作为后盾，故具有法律效力。持枪歹徒这类强暴者的意愿要求同样具有意志表现和威吓表现，也以恶果制裁作为后盾，他也掌握着物化的震慑力量。在这些方面，两者似乎并无二致。如果认为主权者的命令具有法律的效力，便没有理由认为强暴者的“命令”不具有法律的效力。

因此，有论者认为，法律命令说最为致命的弱点在于无法回答为何主权者的命令可以成为法律，强暴者的要求不能成为法律。如果将意志表现、威吓表现和实际的恶果作为法律资格的必要而又充分的条件，就应认为强暴者的要求符合了这种条件。[36]

分析法学的第一个解释是：作为法律的主权者要求是以一般的普遍的形式来表达的，而强暴者的要求是以具体形式来表达的。在持枪歹徒的例子中，歹徒是针对一个被威胁者提出要求的，他并没有对所有人提出这样的要求。但是，强暴者的要求并非不能以一般的普遍的形式出现。例如，强暴者要求某一类人在一段时期里必须做一定行为，并以威吓作为后盾，这完全是可能的。而且，在条件适宜的情况下，强暴者遇到一个人便会抢劫一个人，其行为通常会有普遍性和连续性。分析法学的这一解释不成功。

分析法学的第二个解释是：主权者是被大多数人习惯服从的主体，而强暴者并不为大多数人所习惯服从。但是，如果大多数人是习惯服从主权者的，那么其对主权者的要求便不存在“被迫”的问题，换言之，主权者意志表达之后再有“制裁”作为后盾便是多余的。这表

明，“制裁威吓”的概念似乎不能与“习惯服从”的概念在逻辑上相互共存。分析法学在政治学方面用“习惯服从”来说明主权者何以能够确立，在法理学方面用“威吓制裁”来说明主权者的意愿何以能够实现，其并未意识到，将两种说明结合在一起，无论在政治学还是在法理学领域中都是无法相互协调的。因此，一方面在法律命令说中加入“习惯服从”的概念，另一方面又以震慑力量的“制裁威吓”为逻辑起点，不仅不能将主权者的要求区别于强暴者的要求，而且会使法律命令说更加难以自圆其说。

分析法学的第三个解释是：主权者的命令具有程序上的特征，其发布要遵循一定的程序，其制裁也以程序为依据，而强暴者的要求显然不具备这样的特点。强暴者为获得钱财无须一定的程序，对拒绝者施加暴力更无须程序的设定。但是，人们可以发现，有时作为集团或帮会的强暴者在宣布某些要求或实施某些强暴行为时，的确体现了一定的程序性，在其内部也有某些以暴力为后盾的规则约束集团成员的各类行为。虽然强暴者的程序并不像主权者程序那样具有必然性，没有程序的强暴者和主权者在此意义上不能同日而语，但具有程序的强暴者和主权者之间在一定意义上仍然不存在实质性的区别。因此，程序性的存在似乎不能区别主权者的命令和某些强暴者的要求的基本不同。此外，更为重要的是，如果认为主权者发布命令遵循了一定的程序，那么就会出现新的理论难题：这种程序从何而来？为什么主权者要遵循这样的程序？如果认为这种程序也是主权者颁布的法律，那么，这便会遇到前面分析过的主权者用命令威吓自己的荒谬结论，会得出主权者因为惧怕自己的制裁而遵守程序的奇怪结论。如果认为这种程序来自主权者之外的某个实体，因而对主权者具有约束力，那么这等于认为主权者的命令的法律效力不在于这种命令本身，主权者命令之外还有更为重要的法律效力的渊源，等于认为某些根本性的法律不是主权者的命令。而且，依据法律命令说，根本无法说明主权者遵循这种程序制定颁布法律的原因。

鉴于法律命令说无法说清主权者意志表示与强暴者意志表示的区别，少数赞同法律命令说的人干脆认为，不必说明主权者的意志要求的确和强暴者的意志要求有何区别，不必对其基本类似讳莫如深。他们相信，法律就是一种强暴式的义务规定。然而，如果坚持这种粗糙的法律强暴论，势必会重复已经分析过的混淆两类行为的基本错误：将“被迫做某事”完全等同于“有义务做某事”，将某人被迫将钱财交给强盗者视为正在履行一种法律义务。

二、区分实然法律和应然法律

法律命令说明确地认为，法律是主权者的命令。那么，这种命令是否存在着好坏？有的命令如禁止盗窃、禁止诈骗、禁止侵犯他人所有权、禁止拐卖儿童等，人们一般会认为是好的。有的命令如允许种族歧视、允许秘密杀人等，人们则可能认为是不好的。如果存在着好坏问题，那么是否可以认为不好的命令不是法律?

分析法学对前一问题的回答是肯定的，但对后一问题的回答却是否定的。

一般而言，在实际生活中人们都会认为一种事物或现象的存在与其好坏可以分开思考与研究。自然界中可以看到太阳、月亮、动物、花草、风雪、严寒、温暖等事物或现象，这些事物或现象是实际存在的。不论人们是否喜欢，它们都并不因此而失去自己的存在，因为其存在不依人的意愿而转移。一方面，人们可以客观地认为它们是否存在；另一方面可以对其作出一些价值的判断，比如认为太阳很美而月亮平平，认为有些动物花草可爱有些动物花草丑陋，喜欢温暖而厌烦严寒。当思考它们的存在性时，并不影响对其作出价值判断；反之亦然。在社会中，可以看到建筑、服饰、国家、宗教、道德、人们之间的相互关系等事物或现象，这些事物或现象也是实际存在的。人们可

以对其发表意见，可以赞美或批评，可以拥护或反对，但是价值判断的意见并不影响它们的实际存在。人们可以在对其作出事实判断时不对其作出价值判断，也可以在其已存在的基础上对其仅作出价值判断。

这意味着，在语言表述中，事实陈述和价值陈述是两种不同的陈述。“外面正在下雨”“这个动物已经死亡”“那幢房屋已经倒塌”是一些有关事实的陈述，“下雨令人厌烦”“这个动物该死”“那幢房屋令人怀念”是一些有关价值的陈述。无论下雨多么令人厌烦，某个动物多么可恶，某幢房屋多么使人怀念，都不影响用客观的事实观察的方法证实上述事实陈述的真假。

分析法学遵循了这样一种思路，从而得出不好的法律也是法律的结论。

008　法律的存在与功过

边沁以为，主权者的命令存在好坏之分。但是，不论其好坏，都必须将其视为法律。换言之，种族歧视、秘密杀人的一般命令再坏，也必须将它们视为法律，因为它们是由政治上的统治者即主权者制定的，完全符合一般法律定义的要求。在某一国家里某一规则是否为法律，这是一个法律定义的分析问题，应该由该国的法律体系所遵循的主权者命令规则来决定。在决定某一规则是否为法律时，不应关注其好坏，因为好坏问题涉及的是规则的道德价值与利弊，其涉及政治学或伦理学问题。边沁主张，法学可以分为“说明性”法学和“评论性”法学。前者解决的问题是“法律是什么”，后者解决的问题是“法律应当是什么”。[37] 他将研究“法律是什么”的学问视为法律科学，并相信在价值判断中立的立场上完全可以解决“法律是什么”的问题。奥斯丁在此基础上同样以为：“法律的存在是一回事，其功过则完全是另外一回

事。”[38] 正是因为分析法学主张区分法律的“实然”与“应然”，所以人们将其又称为法律实证主义。

对这种理论可做如下理解：法律是一种社会现象，像其他社会事物或现象一样，既可以对其作出事实判断，也可以对其作出价值判断；无论怎样认为一项法律是不好的，都不能否认其事实上的存在，不能认为它不是法律。如果 A 与 B 发生了合同纠纷，双方都认为自己是有理由的，而法院根据一项主权者制定的明确规则判决 A 胜诉，那么，即使 B 对判决和这项规则极为不满，他也不能否认这是一个法律判决，不能否认主权者制定的规则是法律，不能否认这项规则作为法律是存在的。

009　实证观念

分析法学的实证观点在宏观背景意义上有赖于实证经验的哲学思潮的扩展。在英国近代哲学家休谟的思想中，人类的知识领域被分为两类：一种是有关事实的知识，这种知识的命题（或陈述）只关心事实的真相是怎样的，其不是真便是假，前述“外面正在下雨”属于这种命题；一种是有关价值的知识，这种知识的命题与事实无关，其关心事情应该是怎样的，因此不存在真假的问题，“下雨令人厌烦”属于此类。休谟断言，不能因为事情的实际情况如何便推定事情应当如何，反之，更不能因为想象事情应当如何从而以为事情实际如何。如果外面正在下雨，不能因此推断外面应该下雨，反之，不能因为想象外面应当下雨从而认为外面正在下雨。在“外面正在下雨”和“外面应该下雨”两个陈述之间不存在逻辑的必然联系。休谟告诉人们，必须区别事物的“实然”与事物的“应然”，存在是一个问题，好坏是另一个问题。不仅于此，休谟更为明确地指出，一种规范是否正当，根据人类理性是无法判断的，只能根据人类欲望作出取舍。因为，“正当”问题属于价值判断问题，而价值判断不像古代及近代自然法理论所设想的可以

依赖客观存在的理想理性来判断，那种超验的理想理性并不存在。实际存在的只有人类各式各样的欲望与要求，与此相联系的喜恶嗜好。

如果是这样，法律的公正问题便成为人们主观取舍的好恶问题。这就如同雅典人认为各种价值中最重要的是自由，而斯巴达人却认为是纪律，理性实在无法解决这一纷争。照此推论，如果人们的欲望彼此不同，那么，价值判断便会因人而异，人们对法律的好坏便不可能客观地予以判断。在A与B的合同纠纷中，A赞同法院的判决并认为主权者制定的规则是公正的因而是法律，与B持有相反价值观念并认为那种规则不是法律一样，都是主观取舍的好恶问题，他们之间的区别仅仅是由于欲望不同而且彼此欲望发生了冲突而产生的。然而，如果将法律视为一种可以观察的客观事实，那么人们对其存在便可以客观地予以判断。可以看出，休谟的观点已蕴涵着法律实证主义的基本出发点。实际上，从19世纪上半叶开始，事实判断与价值判断区别的理论在社会科学领域内已逐渐为人们所接受。

010　自然法观念

应该指出，在法理学中，分析法学的实证观点是针对西方古代及近代自然法理论有感而发的。古罗马法学家西塞罗（MarcusTullius Cicero）认为，相信一个国家的法律中的内容全部是正义的是一种最为愚蠢的想法。在他看来，暴君制定的法律绝对不是正义的。像规定独裁者可以不经审判便处死其想处死的无辜公民的法律，显然不能认为是正义的。而且，国家颁布实施的“有害”法律肯定不配称为真正的法律，而只能被称为强盗在集团内可能制定的规则。[39]因此，非正义的法律不具有法律的性质。中世纪神学家阿奎那（St. Thomas Aquinas）类似地指出，人定法是“一种以公共利益为目的的合乎理性的法令”，为使国家的命令具有法律的性质，这种命令就必须服从理性的某种要求。非正义的、不合理性的而且与自然法相矛盾的法律根本

不能称之为法律，而是对法律的歪曲。阿奎那甚至认为，专横的、压制的、渎神的法规不能束缚良知。如果暴君颁布的法律导致盲目崇拜或其所规定的内容与神法相背离，那么，抵制的权利就变成一种真正的不服从的义务。[40] 18世纪英国法学家布莱克斯通（William Blackstone）同样认为，恰当地被称为人定法的规则必须和自然法相一致，自然法在任何时候任何地方对所有人都适用。[41] 这些自然法理论暗含着一个重要命题：正义或自然法一类的东西是法律的必要特征。这意味着，如果某些规则失却了这一必要特征，人们便不能将"法律"一词用于这些规则。于是，法律的概念便具有神圣的正义性。

根据这些自然法观念，法律与公平、正义、人类的理性、上帝的理性或自然规律是一致的。法律存在的根据不在于作为个人或某些人的主权者的意志，而在于更高层次的理想理性。在前述A与B的合同纠纷中，如果败诉的B认为判决是不公正的，认为法院依据的主权者规则不公正因而不具有法律的资格，那么，不能简单地认为B的看法是错误的。在古代与近代自然法观念中，更高层次的理想理性是客观存在的而且永恒不变的，这样，如果主权者制定发布的规则的确和客观存在的理想理性不相符合，则B的看法便是有理由的。反之，如果主权者的规则在符合理想理性的同时只是和B个人的主观喜恶相冲突，那么B的看法是没有理由的。因此，不仅判断法院的判决和主权者制定的规则是否具有法律性质的最终标准是理想理性，而且判断B的看法的依据同样是这种理性。

可以发现，分析法学主张实然法律与应然法律的分野，古代和近代自然法理论主张两者的结合，其分歧的重要原因在于前者将公平、正义、理性之类的观念视为历史的、相对的、因人而异的，而后者将这些观念视为永恒的、绝对的、客观的。如果认为这些理想观念在不同时期不同地方具有不同甚至矛盾的内容，而且认为其中之一不可能在理由上、真理上优于他者，那么，便会很难主张实然法律与应然法

律的结合。反之，如果认为那些观念在不同时期不同地方可以具有相同内容，或者即使存在不同或矛盾，也可发现其中之一是正确的而他者是错误的，则会没有障碍地主张实然法律与应然法律的结合。当观察 A 与 B 的合同纠纷时，假设不能发现绝对永恒的道德理由，便会认为 B 的意见是错误的。而假设可以发现正确的道德理由，而且 B 的意见与之相符，似乎可以认为 B 的看法具有相当的道理。

011　实证法律观念的实践理由

有人或许会问：像自然法学派那样认为法律必须具有正义或理性的性质有何不好？法律对人类如此之重要，它几乎约束着人们的所有重要的社会行为，赋予其正义或理性的性质使之成为真正的法律有何不妥？其实，分析法学并不反对法律应该是正义的或理性的，并不反对在法律之上设立一个价值标准。即使像边沁和奥斯丁这样的分析法学家，都认为应当以功利主义作为判断法律好坏的价值标准，认为对法律的评价与改革应以功利主义作为出发点。尤其是边沁，一生都在嘲讽当时的英国判例法制度并且不遗余力地从事法律的全面改革。

那么，分析法学究竟为何这样强调“实然”与“应然”的分野？

众所周知，亚里士多德曾说过，要实现法治必须具备两个因素：其一，所有人都服从法律；其二，被服从的法律本身是良好的法律。[42] 亚里士多德的说法看似全面，但在实践中可能并不有效。什么是良好的法律？“良好”的含义是什么？如果认为法律应当是良好的，那么，有人认为一部法律好，有人认为这部法律不好怎么办？在某些国家，人们会对允许堕胎、安乐死、同性恋的法律持有尖锐不同的观点。有人认为允许堕胎维护了女性的自身权利，允许安乐死和同性恋表现了对个人自由意志和愿望的尊重；有人则认为允许堕胎是不人道的，没有保护胎儿的生存权利，允许安乐死违背了人的生存主旨，允

许同性恋则败坏了社会的道德风气。应当认为谁的观念是正确的？此外，人们对某一事物的好坏认识可能会随时间的推移而发生变化，从前认为良好的法律现在可能认为不好，这时怎么办？亚里士多德的第二个因素虽然表达了应该推崇的良好愿望，但是坚持这样一种愿望可能会导致前一因素的失去。因为，当认为某法律不是良好的法律时，人们便会认为自己没有服从的义务，这样便会出现不服从法律的现象。进而言之，坚持“良好的法律”这一概念可能会使法治处于困难的境地。

分析法学强调“实然”与“应然”的分野，原因首先正在于担心类似亚里士多德上述理论预示的困难。如果在法律的概念中加入价值判断作为必要的特征，那么就会将法律义务与道德义务混为一谈，就会以道德义务作为借口破坏法律义务，从而破坏法律秩序。当认为要求纳税的法律是不公正的因而不是法律时，便会认为没有法律义务遵守这种规则，便会认为道德义务要求抵制不公正的税务法律，税法秩序因而也是难以存在的。分析法学相信，为了整体法律秩序的稳定，在确定法律的概念和法律义务时应当淡化法律的伦理因素。因此，“人们是否可以不服从道义上应受谴责的法律”的问题，本身就是一个不切实际的问题。即使在某些国家里，统治者与被统治者之间的冲突可能十分尖锐，然而符合道义的违法者仍然必须承担违法行为而引起的法律恶果。法律义务不能因为道德上的不正当而失去法律效力。此外，“实然”与“应然”的分野，对国家的执法或司法机构来说更加重要。当一名反对种族隔离规则的法官审判有关案件时，他同样不能根据自然法的观点，认为这项规则违反正义因而拒绝适用或认为它根本不是法律从而不具有法律效力。无论在事实上或法律上，法官都不可能这样去做。因为，这样做时法官已假定自己对自然法或道德的解释是唯一正确的。同时，对于法官来说，其职责是执行立法机构制定的现存法律，而不是迎合或迁就对高层次的道德理想的揣测。法官的责任是十分明确的，即依照法律的规定适用法律，如果认为法律在道义上是不

公平的，法官也应先行辞去公职再去采取符合良心的行动。否则，法律秩序便会面临土崩瓦解的危险。分析法学提醒人们注意，上述分析在实践中要比简单化的自然法观点来得更加清晰与合理。

其次，分析法学担心，将道德性质当作法律的必要条件，便会使现行法律蒙上不应具有的神圣色彩，进而形成法律改革的精神障碍。所以，它坚信，“实然”与“应然”的分野才能真正区别善法与恶法，才能在此区别基础上摈弃恶法。边沁说过，对法律进行改革的前提就是认识法律的一般结构与特征。分析法学在这里的出发点是：对一事物的评价褒贬，必须以对该事物的客观性质与特征的认识为基础；如果在认识其性质特征的同时就掺进价值评价，便会使对象蒙上难以分析的主观色彩。换言之，如果不将知识性的判断与价值性的评价分为两步进行，便不仅无法把握有关对象的知识，而且无法从事有关对象的评价，更无从谈起有关对象的改革。分析法学的赞同者指出，英国1956年的《性犯罪条例》（EnglishSexual Offences Act）规定禁止同性恋，根据该法，两个男人有同性恋行为即是犯法。很多英国人正是由于恰当地分开了知识判断与价值评判，才认为这是法律而且暂时遵守之，同时清晰地指出这是不符合个人自由道德的法律，并慎重主张对其进行法律改革。而根据自然法的观点，一项规则要成为法律，必须具备某些道德上的必要条件。这样，当一项规则被认为是法律后就不会存在对其进行改革的问题了。

另一方面，在法律实践中，许多国家的法律制度都进行过法律改革。这些改革从来都被认为是从旧法律向新法律的内容转换，而不被认为是从非法律向法律的性质转换。

因此，分析法学确信，自然法理论实质上是消解了法律改革这一严肃的实践问题。

不过，分析法学在此面临着三个问题：第一，如何避免法律上的专制？第二，作为道德理想的自然法内容是否只具有无法统一的相对性？第三，从主权者自身角度来看，其自己制定的法律是否仅具有善的意义？

自然法理论坚持将道德理想作为法律效力的必要条件，目的之一在于防止法律上的专制。分析法学在主张“实然”与“应然”分野的时候似乎并不在乎这一问题的严重性。它认为，只要规则出于一定的正式权威的渊源，便具有法律的效力。这种观点意味着法律可以具有任何内容，即使是专制的内容。如果法律规定主权者享有不受法律约束的自由权利，规定主权者个人可以随意取消有关公民的政治权利，规定主权者可以任意过问干涉法律纠纷的审判，那么这些都不会因为“专制”的问题不能成为法律。其实，从分析法学的基本理论中的确可以得出这种结论。或许有人认为，分析法学认为法律是主权者的命令，主权者是被大多数人习惯服从的，因此，这种理论本身当然不会回避或者拒斥政治上的专制结果。但是，分析法学毕竟又极力表明，区分“实然”与“应然”的出发点就在于寻求对法律作出清醒的评价，从而促进法律的改革。分析法学的这种态度，似乎意味着分析法学并不必然赞同专制结果。问题可能在于，分析法学没有觉察自身价值上的出发点与理论上的结果的相悖性。如果法律是具有强迫性质的命令，这种命令又是由被大多数人习惯服从的主权者制定的，习惯服从主权者的人对法律进行批评直至倡导改革，显然便是难以想象的。这样，在主张命令说的同时主张“实然”与“应然”的分离论，势必难免走向法律上的专制。当然，分析法学可以反驳说，法律的概念问题与专制或民主的问题是不同领域的问题，认为法律是主权者的命令并不妨碍在政治方面主张民主之下的法律制度。因为，主权者不仅可以是某个人，而且可以是民主推举的集团式的立法机关。但是，由于法律命令说以及分离论毕竟不否认专制条件下的法律规则的法律资格，这样，遵守专制内

容的规则（非民主的规则）的法律义务在事实上必然导向以法律为“面纱”的实质专制。

就道德理想的规范内容而言，自然法理论主张“实然”与“应然”的结合，在很大程度上是因为相信某些伦理内容具有普遍性、永恒性和必然性。比如，“类似情况类似对待”“信守承诺”“损害赔偿”“尊重他人”等，这些规范内容人们是普遍赞同和接受的。而且，这些内容对社会的存在极为重要。所以，这种理论主张人类制定的规则缺少这些内容显然不能承认其为法律。此外，从历史上看，所有国家或民族的法律大体上都包含了这些内容，这表明人们始终是将这些内容视为法律不可或缺的基本内容。由此说来，自然法理论的主张似乎并不是完全没有现实与历史上的理由。分析法学认为法律可以具有任何内容，这意味着法律具有上述规范内容并不是必然的，而且意味着上述内容并不具有必然的普遍性和永恒性。但是必须指出，虽然某些道德理想的内容的确具有相对性，它们会随着历史的变迁和地域的差异而有所变化，然而从这点不能推出所有道德规范内容只具有相对性的结论。在这个问题上，自然法理论不能证明某些道德理想规范具有必然的普遍性和永恒性，分析法学的主张同样不能得到强有力的逻辑支持。休谟说过道德规范内容是人们好恶和情感的体现，但并未明确指出人们对这些内容只具有随意性的好恶与情感。分析法学在这一问题上似乎将休谟的理论推向了极端。

有论者认为，分析法学“实然”与“应然”分开的理论在逻辑上过于宽泛了。如果明确区别谁的法律与谁的道德，便会出现另外一种结论。比如，对主权者来说，其制定的法律与其道德理想当然具有必然联系，其立法对其自身当然只具有善的意义，而对一般被统治者来说，主权者制定的法律与被统治者的道德理想当然仅具有偶然联系。换言之，当探讨法律实然与应然关系时，应该首先确定探讨的主体视角与谁的法律和谁的道德理想。如果主权者在政治道德上是保守的，

极力主张禁止堕胎、同性恋，主张绝对自由的贸易竞争，在其制定的法律中便会出现与之相符的规则内容。而针对被统治者来说，这些规则内容也许会与其政治道德要求相符，也许与之是矛盾的，因为他们的政治道德内容可能与主权者部分相符或者完全矛盾。这些都是不奇怪的。就此而言，分析法学的理论似乎忽略了问题探讨视角的差异性和某些具体事实的存在。探讨社会问题，观察视角十分重要。分析法学试图站在绝对客观的立场来分析法律与道德的关系，这在实践中并不十分有效。立法者、法官或者当事人在法律实践中分析判断这一问题时，不会也不可能站在纯粹客观的立场上。他们的结论肯定存在着区别，立法者会认为两者存在着必然联系，而有的当事人则可能认为不是这样。更为需要注意的是，立法者在制定法律的时候，不可能不受自己道德理想的影响。分析法学不否认在历史上道德理想对法律产生过影响，只是否认这种影响是必然的。但是，既然立法者立法不可能不受自己道德理想的影响，那么，这种影响不是必然的又是什么?其立法怎能对其不具有绝对善的意义?

对此诘难，分析法学可以这样反驳：立法者立法当然要受道德理想的影响，但是，这并不意味着其制定出的法律永远符合其道德理想，因为道德理想是会变化的，法律制定出来后则会相对稳定。当立法者的理想道德出现新的内容，便会与其旧的立法发生矛盾，此时立法者便需要运用新的立法解决问题。事实上，立法者时常进行法律的修改与废弃。这本身足以表明其制定的法律有时与其道德理想发生冲突。因此，即使是就立法者本身来说，法律与道德也即实然与应然之间同样没有必然联系。从主权者自身角度来看，其自己立法也并不具有绝对善的意义。

可以看出，分析法学虽然可以大致解决第三个问题，但却较难解决前两个问题。

三、作为科学研究对象的法律

分析法学主张法律命令说，主张“实然”与“应然”的分离，与其相信法律可以作为科学的研究对象这一观念密切相联系。分析法学以为，只有确信法律可以作为科学的研究对象，才能获得一般意义的法律知识（如法律概念）和具体意义的法律知识（如某项法律规定）。

012　法律科学

边沁为了在英国实现法典化并进行全面的法律改革，认为首先应该建立一门“说明性”的法律科学。这门科学，研究作为社会事实的法律的一般结构、基本要素、基本概念、基本原则等。奥斯丁同样认为，法学的目的就是研究作为社会事实的一般实在法，法理学的任务就是对从实在法律制度中抽象出来的一般概念和原则予以说明，因而他以为法学可称为实在的法律科学。奥斯丁指出，较为成熟的法律制度的概念结构，具有许多相同或相似之处。与具体科目的法学如刑法学、民法学、程序法学不同，一般法理学的目的便是阐明这些相同或相似。“尽管每个法律制度有其具体的特殊之处，但是它们都存在共同的原则、内容和特征，这些原则、内容和特征形成了它们的类似性或相似性。”[43]“我所称之为‘一般法理学’的是这样一门科学，它所关心的是说明不同法律制度所共有的一些原则、概念和特点。通过对法律制度的分析，我们能够获得这样一个认识，即那些较为完善和成熟的制度，由于具有完善性和成熟性，从而也就富有卓越的指导意义。”2“如果不考虑实在法或严格意义的法律的好坏，那么，法理学科学（或简称法理学）所关注的就是这些实在法或严格意义上的法律。”3分析法学断言，以往法律理论尤其是自然法理论，不恰当地将法律和人类主观好恶以及主观臆想出来的某些事物（如自然法则）联系起来，不恰当地将法律和其他社会现象联系起来，从而使法学不能作为一门独立的科学而存在，从而不能获得一般意义的法律知识和具体意

义的法律知识。分析法学认为，自己的任务就在于使法学成为客观的独立自足的科学。

另一方面，分析法学主张，与人们主观愿望密切联系的学问如立法学，便不属于法律科学的范围，它是伦理学的分支，其作用在于确定衡量实在法的标准以及实在法为得到认可而必须依赖的原则。在分析法学看来，法学家关心的是法律是什么，立法者或伦理学家关心的是法律应当是什么。因此，法律科学与实在法是否应为理想的或正义的法律的问题无关。

013 经验分析

从文艺复兴至 19世纪中叶，西方法律概念学说基本上处于哲学化的时期。无论是古典自然法学派、历史法学派，还是哲理法学派，都在其法理学的探究中掺入了大量的形而上因素。这些学派试图用某些被认为是在事物的经验表象之下起作用的观念或终极原则，来解释法律的性质、特征和发展。自然法学派的“永恒理性”或“自然规律”、历史法学派的“民族精神”或“默默起作用的习惯力量”、哲理法学派的“绝对命令”和“世界精神”等，都是无法用纯粹经验的方法来判断和把握的。这些哲学化倾向十分明显的法理学派都认为或假设，应当而且可以超越事物的外在表象，从直接观察到的事实背后去探究无形的力量或终极的原因。但是，在19世纪中叶，一股强大的实证主义思潮开始在学术界流行开来。实证主义自认为其方法及立场都是科学的。它极力反对先验的推测和预设，主张将一切研究均限于可观察的经验材料范围之内，限制在分析“已有事实”的工作上。实证主义拒绝于超出感觉材料之外理解、分析、解释自然事物的本质或规律。而 19世纪上半叶的自然科学的辉煌发展，也为实证主义思潮的扩展起到了推波助澜的作用。自然科学取得的巨大成就，吸引着人们将自然科学的方法运用于社会科学的各个领域。社会学、人类学、心理学等学科竞相追随

自然科学的精神，运用自然科学的观察实验方法，并且取得了令人注目的发展。正是在这样一种文化背景之下，人们认为，法学不仅可以而且应当依循科学的研究方法谋求自身的发展。因此，法律可以作为科学的研究对象这样一种观念，首先在分析法学那里获得了高度的推崇。

实证方法的关键在于强调必须在可感知可经验的观察材料范围内分析问题，所以，分析法学认为应当在过去和现在的法律制度中进行观察、归纳和分析。分析法学深信，在各种较为成熟的法律制度中存在着足够的共同点，通过对这种共同点的归纳和分析，完全可以获得具有普遍性的法律概念结论，并且加深人们对权利、义务、财产、所有权、占有、契约的具体法律概念的理解，从而不仅可以获得一般意义的法律知识，而且可以获得具体意义的法律知识。这样，对可感知的现实法律制度材料的切入，既是分析法学的基本思路，又是其基本方法，也是其之所以称为“分析法学”的基本缘由。

014　如何确定“法律制度”?

必须看到，分析法学的实证精神以及将法学视为独立自足的学科的主张，使法学在19世纪下半叶的确摆脱了伦理学、政治学和哲学的影响而真正成为一门学科。但是，对于分析法学的实证态度和方法，人们首先可以提出一些前提性质的疑问：如何确定某些制度是法律制度？在确定某个制度是法律制度时，所依赖的标准是否确实可靠？换个问法：分析法学有何理由认为一些制度是法律制度，另一些不是?如果没有理由或标准来确定法律制度，分析法学设想的下一步的一般分析则是没有根基的。分析法学试图在已经存在的法律制度中进行法理学的分析，这似乎已经预先假定人们对“什么是法律制度”已有共同的观念，人们对可观察的经验材料即现实法律制度不存在争论。但是问题似乎并不这么简单。

分析法学以为，在历史和现实两个维度上都可以大致确定“法律制度”一词正确使用的范围，可以没有争议地将某些制度划入“法律制度”的范围之内。然而，在前面第002小节我们已经看到，就历史层面而言，法律史学家就对“法律制度”一词的使用范围具有不同的看法。而且，经过分析，我们也看到似乎不能认为谁的使用是正确的。当然，分析法学可以主张词语的约定俗成的用法，认为可以用人们大致赞同的用法来确定取舍。但是如果是这样的话，分析法学的用法可能更会出现问题。因为，分析法学的用法几乎将英美法律制度中颇为重要的判例制度置于颇为不重要的地位，判例制度在标准意义上并不符合法律命令说的要素。从现实层面上看，在近现代似乎极少法学家认为国际法不是一种法律制度，而且有学者认为有的习惯规约（尤其是在国际交往之中）也是一种法律制度，因为它们有时都会被国家的法律适用机构引为解决纠纷的依据。在分析法学中，国际法和习惯规约都不属于法律制度，因为它们缺乏主权者命令这个法律要素。显然，在这里同样不能认为谁的使用是绝对正确的，而如果依约定俗成的用法，似乎只能认为分析法学是不正确的。由此看来，分析法学的“客观分析法律制度”的前提并非坚实可靠。而在并非坚实可靠的前提下获得的法律知识，何以是真正的法律知识?

015　法律结构、特征和概念的一般分析的实践意义

对于分析法学的实证分析的观念，不仅可以对其前提基础提出疑问，而且可以对其本身的实践意义提出疑问。

首先，奥斯丁一方面将材料的把握与分析限制在“较为进步”的法律制度上，另一方面又认为这样做“富有卓越的指导意义”即有利于法律的进一步发展，这在理论上似乎是不大可能的。可以这样假设：在某段时期“较为进步”或“较为成熟”的法律制度中，像“过错责任”“契约绝对自由”等结构或概念是普遍存在的；当对这些结构或概念进行分析

后，用其来指导不包括这些内容的“较为落后”或“较为幼稚”的法律制度的发展是可能的，可对已包括这些内容的法律制度本身有何促其发展的推动力？恰恰相反，可以认为这些内容对后者只能是进步的障碍。事实上，在西方法律制度的发展中，“过错责任”与“契约绝对自由”曾被认为是发达的法律规则，而后便逐渐被增添了新的内容，如“无过错责任”“契约因显失公平而无效”等。因此，有人指出，沉浸于基本结构和概念的分析的法律理论，容易导致一种不切实际的比较保守的心态，即认为法律结构或概念具有某种固有的样式，认为法律的任何发展如果忽视了这个样式，都是不合理的。然而，这种心态可能会使法律的发展在适应新型的而且不断变迁的社会环境时遇到不应有的限制。[44]

其实，将分析与探究限于现存的法律制度，似乎也忽视了理想的法律概念的创造性功能。要使法律制度保持活力并不断发展，不仅要在原有的法律结构或概念中增添新的内容，而且要发挥预设的法律概念的创造作用。19世纪初期，根据当时经济发展的需要，英国法律制度中出现了一个全新的法律概念——“有限责任公司与其股东在法律责任方面的区别”。正是因为出现了这样一个具有重要意义的法律概念，最终造就了英国现代工商业的整体结构和各公司之间的复杂依存关系。甚至有学者相信，没有这样一个概念，现代英国资本主义的任何发展都是难以想象的。再如，在现代社会中，正是因为法律允许将一件作品的各种版权用不同的方法加以区分，并将其赋予不同的民事主体，所以，一部小说的署名权可能属于一人，连载权属于另一人，修改制片权属于第三人，而播映权属于第四人……这些权利可以由部分所有权人赋予他人使用一段有限的时间，亦可以不加任何限制允许他人就作品从事某种行为，而获得许可的权利人又可以转授许可，从而使权利的种类不断分化与扩展。这样，在一定意义上的确可以认为，根据一个全新的预设的概念，法律便能创造一个复杂多样的社会关系，从而推动社会的进步与发展。

其次，主张对法律制度的结构、特征和概念进行一般性的分析，加之主张法律的命令性质以及法律效力与法律义务的“实然性”，在司法实践中似乎会造成过分机械概念式的思维方式，即认为法院的司法作用仅仅在于运用逻辑推理将明确规定的法律适用于案件事实。虽然像奥斯丁这样的分析法学家也承认，就英国判例法而言法院具有创造法律的功能，“我不能理解，任何考虑这个问题的人怎能提出法官不立法社会也可以继续发展这样的建议”[45]，但是，他毕竟认为这种功能在相当大的程度上是主权者“默许”的结果，是一种“准立法”的表现形式。换言之，他对法院在必要情况下灵活适用明确规定的法律一般来说持一种十分谨慎的态度。从分析法学的基本观点可以看出，法院严格适用明确规定的法律是难以避免的一般性结论。但是，在法律实践中，法院在必要时完全会依据这种法律之外的其他因素的考虑审理案件，并不单纯运用三段式推理处理问题。而法院这种运作方式，有时被人们认为既是法律适应复杂社会的灵活机制，又是法律发展的有益契机。这样，似乎很难说分析法学的主张对法律实践具有更多的积极意义。

这些实践思考，在另一层次上向分析法学提出了一个问题：以“实证经验”获得的一般性和具体性法律知识本身的意义究竟何在？

四、小　结

分析法学的法律概念理论以命令说作为法律本体论的出发点，以实然说作为法律价值论的出发点，以观察说作为法律认识论的出发点。

从本体论来看，分析法学主张了自上而下的命令、义务、制裁式的法律观念。这种观念的模式建构可以分为四个层次：法律制定说、法律意志说、法律制裁说和主权服从说。首先，法律是制定的，这意

味着法律与自然法则不同，它具有人为的品质，由于人们的制定行为法律才能作为社会现象出现于人类秩序之中；其次，法律是人制定的，它必然体现了制定者或曰立法者的意愿，而这种意愿自然来自其意志；再次，制定者要想意愿顺利实现，必须要有最后的制裁手段，这一手段既有事后镇压的功能也有事前威慑的效用；第四，制定、意志和制裁的前提是掌握主权的优势者的存在，以及一般大众对其习惯服从的定式。

法律命令说重复了西方历史上法律概念学说的一个基本意念：在法律的实施上，“强制制裁”是不可或缺的，区别法律与道德的标准便在于前者具有外在的强制力。这是暴力论。

法律命令说的诠释至少具有如下四个理论困难：其一，从现代立法机关的现状来看，其所颁布的法律不仅对一般公民而且对立法者本身都具有约束力。依照法律命令说，就应认为立法者是在命令、限制和威胁自己。这样看来十分荒谬。其二，法律命令说虽然可以说明以革命形式出现的立法机构或政府的更替，但不能说明当存在调整合法更替的法律时出现的合法政权交接。这是说，命令说不能解释使合法更替成为可能的法律的存在。其三，许多法律规则具有授权性质因而不具有强制性。这些规则与某些义务性质的规则有着明显区别。权利主体或权力主体如果不运用这些权利或权力，不存在强制运用的问题。因此授权规则不是一种以制裁为后盾的命令。其四，在义务性质的规则中存在着积极义务规则，这类规则同样不以强制作为必要因素。法院具有依照法律进行审判的义务，但这项义务背后不存在“强制”或“制裁”作为后盾。

从价值论来看，分析法学强调了实然法律和应然法律之间的区别。这种区别尤为注重了法律秩序的稳定和法律改革的价值取向。就前者价值而言，如果以应然的理想观念作为衡量法律资格的尺度，在

一定意义上便会混淆道德义务与法律义务之间的基本区别，便会以道德理由为借口破坏法律秩序。就后者价值而言，法律改革的前提是能够清晰认识现存法律的弊端，如果认为不好的法律不是法律，自然会导致认为现存的法律不存在弊端因而不存在改革的问题。这两点是分析法学主张“分开论”的实践理由。

分开论的主要困难在于难以避免法律上的专制。在认为法律可以具有任何内容的同时强调法律秩序的稳定，等于承认了遵守专制法律的义务。但是，法律秩序在一定意义上意味着法治，而法治的理想并不意味着必须遵守任何内容甚至专制内容的法律，法治本身的目的之一即在于防止专制。

从认识论来看，分析法学试图引进客观观察的科学方法解读法律现象。这种愿望导致分析法学主张经验地、中立地分析法律的一般特征和概念。这种观念提示人们可以建立客观的、中立的法律科学，通过这种科学可以把握一般意义和具体意义的法律知识。在19世纪建立独立的法学学科的努力中，这一设想发挥了重要作用。

然而，作为一种社会现象的法律能否像自然现象那样加以研究？当划分法律现象与非法律现象时能否找到一个人们认同的标准？对法律制度的一般性经验研究能否在实践中具有重要意义？这三个问题是分析法学的“科学”方法必须面临的难题。

第二章　行动中的法律

无论是谁，只要他有绝对权威解释任何成文法或成言法，那么，就是他而非先写先说的人，才是真正表达所有意图和目的的立法者。

——本杰明·霍德利主教

分析法学认为，法律是主权者的命令。这暗含着一个“白纸黑字式”的法律观点，即法律是本本中的法律。根据这样一种观点，当寻求一种法律依据时，白纸黑字的法律条文既是出发点又是目的点。同时，法律命令说暗含着一种司法推理模式，即三段论推理。在这种模式中，白纸黑字的法律规则是大前提，案件事实是小前提，判决则是结论。当然，无论是边沁还是奥斯丁都承认在某些情况下，法律规定无法提供明确的解决答案，此时法官只能运用自由裁量权解决问题。然而他们都默认这是一种极为少见的次要现象，在法律文化中，三段论推理模式仍然是基本模式。换言之，法官一般而言仅仅运用演绎推理便可以解决实践问题，法官通常是在“查找和发现法律”。他们以为，这不仅是实际观察得出的结论，而且是法治价值要求的结果。但是，即使承认分析法学的“白纸黑字式”的观念是正确的，在实际法律判决中，人们似乎同样可以发现法官时常不依照三段论推理来解决问题。因为，在白纸黑字规则与现实案件中时常不存在精确的对应关系，法官不仅要对案件事实作出解释，而且要对规则甚至规则所依据的原则或观念作出解释。这是说，法官时常要面对复杂程度不一的疑难案件。在这些案件中，法官显然不是而且也不能以白纸黑字的法律规则作为大前提，并用演绎式推理得出判决结论。更为重要的是，疑难案件中法官的法律解释和具体判决结果表明由于法院的“独立性和最

终性”，其似乎是一种不受限制约束的法律决定。于是，美国一批法学家从此另辟思路，试图绘制一幅新的法律图画。

一、疑难案件

在法律实践中，人们将有争议的案件称为疑难案件。比如在前述里格斯诉帕尔玛案中，立法机构制定的“白纸黑字”规则十分清楚。根据其中的规定，当遗嘱在订立过程中完全符合法定要件时即为有效。从被继承人订立的遗嘱来看，不存在与规定不相符合的问题。遗嘱明确地指定帕尔玛是继承人，因此，根据遗嘱帕尔玛有权继承遗产。然而，此案的疑难问题在于帕尔玛为谋遗产而将被继承人杀害，因而人们自然会争议帕尔玛是否具有法律上的继承权利。

如果认为判例中包含着“白纸黑字”的规则，那么在判例法是一种法律制度的英美国家，遵循前例同样涉及疑难问题。在英国法院审理的麦克劳夫林诉奥布雷恩（McLoughlin v. O’Brian）案中，某妇女A在一天下午6点钟从邻居那里得知，其丈夫B及四个孩子在下午4点钟发生车祸。知道消息后，A立即赶往医院。在医院A得知其女儿已死亡，并亲眼目睹了B和其他三个孩子血肉分离的惨状，由此精神大受刺激。随后A起诉肇事司机C，要求C赔偿精神损失。[46] A的代理律师在英国法院判例中找到与本案颇为类似的几个前例，指出在那些判例中，原告的精神损失都获得了赔偿，因而要求法院依循判例判决C赔偿A。但是，在这些判例中，原告要么是亲眼目睹了惨祸的发生，要么是在数分钟之内赶到了现场。比如其中一个判例表明，一名妻子在丈夫车祸死亡后立即赶到现场并马上看到了丈夫的尸体，原告因此获得精神赔偿。[47] 在另一判例中，原告在发生火车相撞后立即赶到现场抢救伤员，原告与任何伤者没有亲属关系，但在抢救过程中精神深受刺激（因为目睹惨状），因而被判获得赔偿。[48] 疑难问题是：A在两小时之后看到惨状并受刺激这一事实，是否使A诉C案足

以类似这些判例或符合其中所述的规则。虽然判例中的“白纸黑字”十分明确，但人们仍会争议A是否有法律上的权利获得赔偿。

主要来说，美国那些被称为现实主义的法学家的基本视野集中在这些疑难案件以及法律适用者在这类案件中的推论方式。因此，首先对这类案件及法律适用者的推论方式予以审视是必要的。

016　疑难案件的特征及原因

如果认为法律是白纸黑字式的规则，那么法律适用中的疑难案件便可认为具有两个特征：第一，在法律规定和案件之间缺乏明确的单一的逻辑关系，换言之，就案件而言，从法律规定出发可以推出若干结论；第二，从法律规定推出的若干结论之间没有明显的正误之分，各个结论都有其道理，通常来说，只能通过“选择”而不能通过“断定”决定取舍。就此而言，这种案件的解决与法律适用者的价值判断的联系，要比与其事实判断或逻辑判断的联系来得更为密切。

在里格斯诉帕尔玛案中，可以认为遗嘱法的明确规定与该案缺乏单一的逻辑关系。该法的白纸黑字没有明确说明遗嘱继承人如果杀害遗嘱人是否丧失继承权。将该法理解为包含这样的含义是有道理的，将其理解为不包含这样的含义同样有道理。最终判决似乎是一种选择的问题。在麦克劳夫林诉奥布雷恩案中，可以将判例中的白纸黑字规则理解为“因疏忽行为致他人精神损害负赔偿责任”，也可将其理解为“这种赔偿仅限于事故现场中的精神损害”。因为判例与本案不存在明确单一的逻辑关系，两种规则的理解各有道理，因此判决似乎也只能是选择性质的。

从白纸黑字规则的语言来看，有些案件因规则术语或概念显得模糊不清而难以处理，这类案件属于语言解释的疑难案件。从规则适用的结果来看，某些案件如果直接严格适用白纸黑字规则会导致某些似

乎不公正不合理的结果，这类案件属于处理结果有争议的疑难案件。从规则规定的范围来看，有些案件由于规则规定具有某些漏洞致使法律适用者无法从明确的规则前提中得出具体的处理结论，同时，这些案件又迫切需要加以解决，这类案件属于规则未规定的疑难案件。而从规则规定的相互关系来看，有些案件可以适用这种规定，也可以适用另一种规定，这类案件是规则规定相互冲突的疑难案件。

疑难案件产生的原因是复杂的，但一般来说它是基于下述六种原因产生的。

第一，法律规则语言具有模糊性。虽然法律规则语言与日常语言有所不同，如“知识产权”“公民”“代理”“诉讼保全”等是具有独特法律意义的语言，但是，因为法律规则运用的语言大多数并未经过界定与解释，并不为法律所独有，在必要时需要用日常语言进行新的解释，所以，它们与日常语言又有密切联系。日常语言的概念及表述有时似乎意思明确，有时似乎意思模糊，如“汽车”是“车辆”，“自行车”“滑雪车”是否为“车辆”？日常语言的这一特点导致许多法律规则语言也有意思明确与意思不清两个方面。严格地说，在法律适用中，绝大多数法律规则语言均会发生解释的难题。值得注意的是，有些法律规则使用的语言，如“合理”“公正”“严格”“多次”等形容词量词，要比“抢劫”“收养”“财物”等动词名词更具有模糊性，其在未适用时就需要解释。

第二，人类行为具有特殊性。法律规则涉及的行为在现实中具有共同性，但是行为的特殊性也是存在的。比如，同样是故意杀人，而每个故意杀人行为又具有特殊性。当行为的特殊性增加到一定程度，便会不易乃至无法加以把握，即难以将某个行为直接归类于某种行为。“致他人安乐死亡”的行为就属于这种情况。根据某些法律规则的明确规定，致病人“安乐”死亡应当属于故意杀人行为。然而这种杀人行为极具特殊性，其目的在于减少病人的痛苦，这种目的又是极为人

道主义的。有理由认为对于这种行为不仅不应谴责而且应予赞扬。这样，将这个行为直接归入故意杀人行为便是困难的。

第三，就制定法而言，立法者立法时的预见能力具有局限性。立法者立法通常是以社会现象的典型情况为依据的。同时，立法者虽然要考虑各种可能性，但总是无法穷尽所有可能性。换言之，对所有情况有所注意是极为困难的。此外，随着立法多样化，各类法律明确规则之间的相互联系越来越复杂，这也会使立法者难以认识辨清其间的相互矛盾。于是，便会出现漏洞从而导致法律适用中疑难案件的产生。

第四，价值取向或价值判断具有相异性。在审理案件时，法律适用者不仅要运用事实判断或逻辑判断，而且要运用价值判断。在案件的事实查明之后，当仅断定一项法律明确规则是否可以逻辑地直接适用于案件时，法律适用者是在运用事实判断及逻辑判断。但是当凭借价值选择来断定一项明确规则是否可以适用于案件时，法律适用者就不仅是在适用事实判断或逻辑判断，而且是在运用价值判断。严格地说，从法律适用的主体来看，每个适用者都会有价值判断，当价值判断不同或发生冲突时，对案件的处理就会有不同的看法。而其各自的经历、学识、思维方式等文化背景有所不同，便使其价值观念难免出现相异乃至相互冲突的情况。

第五，法律明确规则的抽象概括与社会现象的复杂多样之间存在着矛盾。一方面，规则表述必须具有抽象性和概括性，必须指向一般人们和一般行为，否则便失去普遍约束力，这对制定法来说尤其如此；另一方面，社会现象必然是复杂多样的。而前者的抽象性、概括性有时无法涵盖后者的复杂性、多样性，在某些情况下，抽象概况的表述和具体事物之间不存在精确的、有序排列的对应关系。这种矛盾在一定层面上便决定着立法者预见能力的局限性，在法律适用的过程

中，便导致法律明确规则中语言的模糊性和具体行为在认识上的特殊性，从而进一步导致疑难案件的产生。

第六，法律明确规则的相对稳定与社会现象的变化发展之间存在着矛盾。一般以为，规则具有相对稳定性，不能朝令夕改，这是明确规则所以被认为是法律的一个基本要素。但社会现象不仅复杂多样，而且变化发展，各种社会现象不仅处于复杂的静态，而且处于变化的动态。因此，在一定条件下，明确规则的相对稳定难免会与社会现象的变化发展产生矛盾，而这种矛盾则会引发法律明确规则中语言的模糊性和人们行为在认识上的多样。同时，社会现象的变化发展本身也会引起法律适用者价值观念的变化与冲突。这样，最终导致疑难案件的产生。

从疑难案件的特征和产生的原因似乎可以看出，疑难案件并非是十分少见的。而且，从中似乎可以推出如下三个结论：（1）对白纸黑字规则的内涵不存在清楚的、权威的、唯一正确的解释陈述，有关其内涵的陈述总会因人而异；（2）由于白纸黑字规则总是一般性陈述，在适用环境中其自身无法明确地表明是否适用于某一具体事实，针对具体事实，其含义只能依赖适用者的解释，这表明似乎不存在脱离适用者行为的法律规则；（3）如果无法避免适用者的解释，那么法律含义可能并不存在于白纸黑字中。概言之，由于疑难案件的存在，假设白纸黑字的规则是法律规则有可能得出其不是法律规则的奇妙结论。

017　疑难案件中的法律推论

在疑难案件中，法律适用者的推论是十分复杂的。在引言中我们曾设想过法律适用者会如何思考里格斯诉帕尔玛那样的疑难案件。在此，我们看一下麦克劳夫林诉奥布雷恩案中法官的实际推论。

初审中，法官认为精神受刺激的妇女A的代理律师提出的理由不能成立。律师提供的数个判例都不能引为本案的判决依据。因为，这些判例与本案在关键事实方面存在着区别。在判例中，关键事实包括：被告的主观过错，被告的疏忽行为，被告造成的事故，原告的精神损害，原告精神损害发生或几乎发生在事故现场。在本案中，原告A的精神损害不发生在事故现场，而是在事故发生两小时之后的另一地方医院，该案缺少判例中的最后一个关键事实。在初审法官看来，这一“区别”颇为重要，它表明A的精神伤害对被告C来说是“不可合理预见的”，而在判例中的精神伤害对判例中的被告是“可以合理预见的”。初审法官以为，必须考虑普通法的一个重要原则：疏忽行为者仅对自己可合理预见的伤害负责（因为经过正常思考可预先知道会发生什么）。于是初审法院判决驳回A的诉讼请求。

在上诉审中，英国上诉法院判决维持原判，但认为初审法院的推论理由不可采纳。上诉法院指出，对被告C来说A的精神伤害可以合理预见，当A作为妻子和母亲冲到医院看到惨状中的亲人，自然会因看到惨状而受到精神伤害。该案与判决的确存在区别，但区别的理由不在于是否可以合理预见，而在于“政策”问题。首先，判例是以某些严格限制条件来确立精神伤害的赔偿责任。如果承认精神伤害赔偿的范围可以不受限制，包括那些没有或几乎不在现场亲眼目睹事故而产生的精神伤害赔偿，那么，势必会刺激鼓励各种有关精神伤害赔偿的法律诉讼，势必使法院讼满为患，并使判决标准难以把握。其次，诉讼数量和标准的失控会使真正在现场目睹事故而遭受精神伤害的案件不易举证查清，从而拖延对其赔偿的时间。再次，这样会给那些不诚实的人提供机会，使其寻找医生来假证自己并不存在的精神伤害，从而不公正地加重被告的赔偿负担。最后，这样还会增加社会责任保险的成本，使驾驶车辆和其他技术操作的价格上涨，从而使经济上不富裕的人无法为此支付成本，并使经济发展颇为依赖的交通等技术成为阻碍经济发展的因素。

A不服上诉法院的判决，向英国上议院再次提出上诉，上议院也维持了原判，而且同样认为该案与判例是可以区别的。然而，上议院的某些成员部分赞同上诉法院“区别”的理由，有些则不赞同。部分赞同者认为，在某些情况下“政策”理由是可以成立的，但在A诉C的案件中并不具有充分的说服力。他们相信诉讼数量的增加对法院审判不会产生严重影响，而且相信即使在类似该案“几小时之后目睹惨状”的案件中，法院也有能力区分真正的精神伤害赔偿请求和虚假请求。他们没有说何时应该运用“政策”理由，而是提出了另一个问题：如果A的姐姐在澳大利亚数星期或数月之后听到惨状而受到精神伤害，那么她是否可以获得赔偿？这意味着，关键问题在于如何区分真正请求和虚假请求。反对者则认为，法官不应考虑政策理由，应该考虑道德理由（即法律上的平等对待理由）。如果对C来说A的精神伤害是可以合理预见的，便不应以政策理由驳回A的诉讼请求，而应依据“平等对待”的道德原则承认A的法律权利，即认为本案与判例不存在区别。在这种情况下，讼满为患和社会责任保险成本的提高，无论对社会整体怎样不适宜，都不能证明驳回A的请求是正当的。无论这种推论对立法修改具有多强的说服力，对法官来说仍然不是一个“法律推论”。法律推论不会也不应拒绝以往法律制度承认并实施的法律权利和义务。因此，初审法院考虑普通法的原则是适当的。[49]

麦克劳夫林诉奥布雷恩案表明，在疑难案件中虽然判决结果可能一致，但法官推论的理由时常是不同的。而且，这种推论的最重要特点在于推论的依据并不限于法律规则的明确规定。这类法官的推论方式似乎同样不能认为是少见的。

018　法院判决的最终性

在没有争议的简易案件中，人们容易觉得白纸黑字的规则约束着法官的判决，但在疑难案件中，可以清楚地发现法院就规则含义作出

的判决具有最终性，即法院最终决定着规则在法律适用中的含义。而且，可以反过来设想，在简易案件中似乎并非是规则约束着法官，而是要么法官自觉自愿适用规则，要么有时简易案件并不意味着白纸黑字规则可直接适用于案件，只是意味着法官对超越规则的判决根据没有争议，从而仍不存在规则约束法院的问题。在第006小节，我们看到，法院的审判义务是一种积极义务，在这种义务之后不可能存在强制性。如果这是正确的，那么，当法官的审判包含对规则含义的解释时，法官对规则的理解背后便也不存在其他机构可以实施的强制性。事实上，从法官的实际操作上看，并不存在某种外在的东西可以约束法官只能作出一种判决，只要愿意，法官可以作出任何判决。

在美国，曾经出现过两个类似的案件，但其结果却是不同的。在前一案件（Davis & Co. v. Morgan）中，A公司雇主与其雇员签订了一份雇佣合同。合同约定雇员的每月工资为 40美金。合同签订后，B公司由于欣赏该雇员的能力，愿出每月 65美金的工资，希望该雇员能去B公司工作。雇员对A公司雇主讲明如果不能加工资他将受雇于B公司。A公司雇主没有办法，只好答应如果雇员留下将在年底一次性加薪 120美金。但至年底，雇主并未实践诺言，雇员便向法院起诉要求雇主支付 120美金。法院判决不予支持。法院认为，在一年中雇员每月领取 40美金工资这一行为已表明雇员实际接受这一工资条件，因此，没有理由获得另外 120美金。[50] 在后一案件（Schwartzreich v. Bauman-Basch, Inc.）中，一名服装设计师与C公司签订协议，约定报酬为每周 90美金。D公司颇为欣赏这名设计师的才华，希望能以每周100美金的报酬与之签订合约。当设计师向C公司表示想离开的意思时，C公司当即表示愿付同样的工资，只是在年底一次补齐。但至年底C公司同样没有实践诺言。设计师起诉至法院，法院判决C公司必须支付其余工资。法院认为，双方已就提高工资达成了新的协议，协议有效因而必须执行。[51]

其实，前一案件是在 1903年判决的，后一案件是在 1921年判决的。后一案件的法官并未依照前一判例中的“白纸黑字”规则来判决。后一案的法官以为，前一案件中的规则并不意味着合约不能变更，它只是表明行为同样可以成为合约意思表示的一部分，在设计师诉C公司案中，不能将设计师的一年行为视为有效合约意思表示的一部分。显然，人们可以对后一案件的法律解释和处理提出不同的意见，但是法院仍然可以按照自己的法律理解作出判决。

从法院判决的最终性可以得出这样一个结论：针对权利义务的承担者（如前两案中的雇员、设计师、A公司和C公司）而言，真正具有法律实际意义的不是判决之外的“白纸黑字”规则，而是法院判决本身。从法官的判决结果上看，认为法官的判决可能会错误意义不大，因为这样认为没有任何实际的法律效力。不论判决正确与否，权利义务承担者都要服从其中规定的权利与义务。

二、法律与法律的渊源

分析法学以为，法院时常是在查明法律和发现法律，“查明”和“发现”意味着法院判决时常是反映白纸黑字规则的法律解释和具体法律决定。但是，从前面分析中可以看到，法官似乎并非像分析法学所设想的那样基本上是在“查明和发现法律”。如果法院时常不是查明和发现法律，那么其具有法律效力的，人们时常认为的“法律解释”和“具体判决结果”究竟是什么?

其实，很早便有学者认为疑难案件、法院的复杂推论方式和判决的最终性是一种客观存在，只是尚未有人由此引发对白纸黑字规则的概念的根本性怀疑。然而，这些现象的存在毕竟意味着法律适用者的作用至关重要，它迫使人们必须注意到在决定法律的内容时，法律适用者具有相当大的权力。而且，这些现象的存在迫使人们必须重新思

考分析法学所说的白纸黑字法律规则在司法推理中的性质与作用，重新思考法律适用者的法律解释和具体判决结果的性质与作用。

019　法律适用者的解释即为法律

美国法学家格雷（John Chipman Gray）认为，法律适用者的推论模式是演绎的，是从大前提向案件事实这一小前提推进的，但是大前提的形成颇为复杂，而且其本身也不是分析法学所说的白纸黑字的规则。法律适用者在形成大前提时，的确考虑了主权者制定的或以往法院判例中的白纸黑字规则。然而，形成过程结合了诸如政策、道德、原则之类的价值考虑和对白纸黑字规则的具体解释，只是在解释结束时才会出现一个可适用于具体案件事实的法律规则。这个规则也许会和人们一般理解的白纸黑字规则具有一致性，也可能与之不一致，但有一点是肯定的：它是法律适用者解释出来的规则。正是解释出来的规则才是法律适用者进一步推论的大前提。

格雷的观点是说：法律规则并不是预先存在的，并不是由法律适用者所发现的，而是由其解释制定的。白纸黑字的规则最终需要法律适用者的解释，因为，不论是制定法还是判例法，它们都是制定者的一种表达而已，它们制定出来是为了让法律适用者解释并让其来决定这种表达的含义。“制定法无法解释自身，其含义是由法院来宣布的，而且正是基于法院宣告的含义而非其他含义，制定法才作为法律强加给社会……法官处理制定法的权力是巨大的。”[52]

因为白纸黑字的规则最终是由法律适用者来解释的，所以，法律适用者所说、所解释的才是真正的法律。换言之，不论立法机关和司法机关的关系应当如何，也不论司法机关是否应当尊重立法机关，事实上“恰是司法机关所表述的才是何为法律的最后语言”[53]。格雷颇为喜欢本杰明·霍德利主教（Bishop Benjamin Hoadly）1717年曾经说过的

一句话："无论是谁，只要他有绝对权威解释任何成文法或成言法（spoken laws），那么，就是他而非先写先说的人，才是真正表达所有意图和目的的立法者。"[54]

020　法律的渊源（sources）

在此，"渊源"一词是指法律的出处。格雷在谈及法律渊源时是指法律适用者解释后的法律规则赖以形成的依据。在格雷的现实主义理论中，制定法和判例中的白纸黑字规则不是法律，而是法律的渊源。格雷以为，必须区分法律和法律的渊源。制定法和判例像习惯、法律专家的意见、伦理原则、政策一样，是法律的渊源而不是法律本身。法律适用者在形成真正的法律规则时，是以这些渊源为依据的。正是结合这些渊源和具体案件的事实，法律适用者才在判决过程中"制定"了法律规则。而这种法律适用者"制定"的法律规则，才是真正的法律。"国家法律或任何人类组织机构的法律是由法院即人类组织机构的司法组织为确定法律权利义务而制定的规则构成的。在这个问题上，相互争论的法学流派之间的分歧，主要产生于没有对法律和法律的渊源作出区分。"[55]

021　法律适用者解释的效力

在格雷看来，主张法律适用者是法律规则的发现者而非制定者，声称法官在说法律是什么时可能会错误，在实践中是没有任何意义的。就这方面而言，法官探究法律的范围完全不同于牛顿探究自然现象。对自然现象的陈述可以因为错误而失效，但法官对法律范围的陈述即使错误也是有效的。行星的运转完全可以不理会牛顿的错误陈述，但是当事人却不能不理会法官的错误陈述。法官的错误陈述也是法律。[56]

从格雷的观点可以得出如下重要结论：法律适用者一直都在适用预先并不存在的因而当事人并不知道的法律规则。从这一结论可以进一步推出：法律适用者是在不断地溯及既往地适用法律，即法律只是在实际案件发生之后才被适用于案件之中。格雷并不讳言这些结论。他只是有时强调，法律适用者判决案件时虽然是溯及既往地适用法律，但不是任意随意的。因为，法律适用者是在法律渊源的基础上，而不是在自己的主观喜恶的基础上，来决定法律规则是什么。[57]

022　法律规则和法律的具体判决

从上面的叙述中可以看出，格雷的理论已将本本中的法律规则变为言语中的法律规则。规则并不存在于立法者或法院的书面文字中，相反，只要出现法律适用者的不断解释，便会不断出现新的法律规则。但是，在格雷的分析中，存在着一个颇为紧要的矛盾关系：如果法律适用者不断解说法律，那么，这种“法律”只能是对案件当事人的具有具体特殊意义的“法律”，将其称为“法律规则”似乎是不恰当的；一般认为，规则具有普遍性质，在法律中意味着不仅对具体案件的当事人，而且对一般人来说都是存在约束意义的。格雷虽然承认，具体案件当事人的权利义务来自一个大前提式的法律规则，然而又以为这种规则不存在于可以“发现”的客体之中，而是解释者的解释结果。这样，法律规则便处于无法预知无法查找的神秘境地，从而，便失去了规则的普遍意义。[58]就此而言，似乎难以在格雷的理论中区分法律规则和法律具体判决。

另一方面，当人们作出某种决定时，都会形成一个决定根据，可以认为这个根据是决定所依赖的“大前提”，但是，这似乎不意味着“大前提”便是一种规则。在前述麦克劳夫林诉奥布雷恩案中，原告A在事故发生之后两小时赶到了医院，看到了亲人的惨状并且深受刺激。在此之后，A可以作出各种决定比如起诉、聘请律师、找保险公司赔

偿、将亲人送往另一地方疗养，或忍气吞声就此了结。在做这些决定时，A会形成决定的各自依据。但是，这些依据作为决定的“大前提”并不一定就是规则。

在此可以看出，要么法律规则在格雷的理论中别有一番含义，要么在法律适用者的法律判决中根本不能认为存在规则。

三、法律是一种预测

如果格雷的观点是正确的，法律规则根本不脱离法律适用者而存在，而且不存在对法律适用者的任何约束，那么，从适用者之外的观察者角度来看可以得出什么结论？根据分析法学，法律规则是主权者制定的白纸黑字的规则，因此观察者可以查阅“白纸黑字”得知法律。但是，根据格雷的“提醒”，观察者似乎只能观察法律适用者的所说所做，而且这样做时仍不能预先知道法律规则。

当然，法律适用者的所说所做仍然是有依据的，而且，这种依据虽然不限于白纸黑字的规则，但是总是可以大概设想的。因此，法律适用者之外的观察者似乎可以大致预测“法律是什么”。换言之，格雷的理论似乎并未排斥一种“预测”理论。

023　“律师”的预测

现在假设在美国出现这样一个案件。某教师A与某学校B签订了一份讲座协议。协议约定：A举办四次讲座，每次讲座报酬300元，时间定在某学期的最后一周。协议签订第二日，学校C通知A，欢迎A来举办同一讲座，次数相同但报酬为每次400元。学校C要求，讲座时间只能定在与A和B约定的同一学期的最后一周。由于时间冲突而且C学校报酬高，A便通知B，他只能接受更佳要约。因为学校A

已贴出海报通知学生，而且十分欣赏A的讲座水平，故同意支付与C同等的报酬。但是，在A办完讲座后，学校B仅支付原来说过的每次300元的报酬。

A现想通过法律诉讼要求B支付余款，便向律师咨询。律师将如何作答?

在前面，提到过两个美国法院的判决，即雇员索要报酬案和服装设计师索要报酬案[59]。这两个案件十分相像，但法院判决却是不同的。现教师A索要报酬案与两案也是类似的，律师如何断定法院将会如何判决? 通常来说，律师会将各种可能的情况逐一分析，告诉当事人在何种情况下法院可能会如何判决，对于经验丰富的律师而言尤其如此。而且，极为可能出现不同律师不同解答的情况。律师一般不会断然声称法院只会如何判决，他时常会“预测”法院将会如何判决。

正是基于对律师这类“观察者”的思考，早在19世纪末，美国著名法官霍姆斯（Oliver Wendell Holmes）便宣称：“对法院事实上将作出什么样的判决的预测而不是别的什么，便是我所说的法律。”[60]在霍姆斯看来，律师的工作仅仅是在预测法院的判决，而且律师的潜在观念便是认为“法律仅是一种预测”。

当然，在理论上，霍姆斯与格雷具有一个类似的观念，即法院从白纸黑字的规则进行三段论推论完全是不真实的。他以为：“时代的迫切要求、盛行的政治道德理论、公共政策的直觉认识，无论是坦率承认的还是讳莫如深的，在确定约束人们行为的规则的作用上远胜于三段论式的演绎推论，甚至那些法官共有的偏见也是如此。”[61]而且，白纸黑字的规则的意义仅在于增加对法律精确结果的预测能力。“书本中有关过去判决的一般命题或以一般形式表现的制定法，可以使预测变得容易记忆和理解。”[62]

024　坏人的视角

律师式的观察意味着观察者仅是关注“法律在现实中的效果”，因为这种效果对案件争议才是真实的。同样，作为当事人来说，其一般情况下更为关心法院的判决结果，因为这种结果会使其现实地失去与获得。就此而言，如果认为好人便是自觉地用道德观念、道德义务来约束自己，那么，在法律的语境中只能将当事人的观点视为“坏人”的观点。而且，这种“坏人”的观点才是法律的出发点。当人们可以用道德观念义务来规范自身行为，用其来解决彼此的争议与矛盾，那么，社会似乎便失去采用法律手段处理问题的理由。

霍姆斯以为，理解社会中的法律的最佳途径就是坏人的视角。因为，坏人并不在乎道德的义务与观念，他只是希望避免闯进法律的禁区。当向律师寻问某一行为是否合法时，他只想知道社会公共权力将会怎样对其发生影响。坏人不像好人那样在良心上寻问自己是否正确，而只关心法律决定带来的具体得失。“如果你想知道法律而非别的，你必须从坏人的角度观察。坏人仅仅关心实质性的结果，这种知识使其可以作出预测。”[63]以此作为出发点，霍姆斯以为法律义务同样“仅是一个预测：如果一个人实施某些行为，便会由于法官判决而受到某种痛苦。法律权利也是如此”[64]。

025　预测的约束作用

可以发现，格雷将法律适用者所说的视为法律，似乎是可以理解的，因为其具有强制的约束力。但将律师、坏人的预测视为法律便不易理解了。预测有何强制的约束力？对于法律适用者的判决，不遵守便会具有不利的后果；而对预测不理会并不会具有同样的结果。

霍姆斯以为，预测是对某类特定典型案件的司法判决的一般性预测，而不是指对某个具体案件的法官判决的预测。这种预测对预测者

具有同样的约束力。因为，当预测得出法律适用者会如何判决时，明智的预测者是不会不理会这个结果的。现实中，“坏人”总想知道某种行为的实际结果，而知道结果的目的正在于安排计划实施行为。因此，如果不理会预测的结果，便会导致计划行为的失误并导致不利的后果。当与法律有关时，“坏人”总是依据“预测”去实施行为以避免不利的结果。如此观之，预测当然具有强制的约束力。

霍姆斯的思路是：法律是强制性的；为了避免强制性的不利后果，就要观察法官所说所作的，而不是在制定法或判例中寻找白纸黑字的法律内容。官员所说所做的时常与制定法和判例不同。所以，真正有意义的法律就是预测。在这个意义上可以认为，这种预测对人们就有一种约束指导的作用。

026　好人·法官·预测

人们可以首先对“坏人的视角”观念提出一个问题：为何只能从这种视角观察法律现象？在社会中可以利用的视角是众多的，坏人视角不过是其中之一。而且，法律仅对坏人有意义，对其他人如好人就不存在意义？根据霍姆斯的思路，必须将法律理解为国家权力的强制运用，法律的基本特质在于强制力，于是，法律对坏人之外的其他人没有意义。然而，在社会中，其他人除了“自愿地”关注道德观念、道德义务之外，同时“自愿地”关注法律义务，在关注法律义务时，他们并不认为这是被迫的，并不认为基于“不利后果”的考虑必须服从法律。在分析边沁和奥斯丁的法律命令说时，我们提过，就纳税这一法律义务来说，的确有人是被迫的，但同样有人是自愿的。比如，有人会认为，通过纳税可以增加社会财政收入，这种收入的增加可以增加社会公共福利，而公共福利的增加又可以使个人获益。因而他们会觉得，纳税对国家对自己都有益处从而积极纳税。有人会认为，纳税的法律义务实际上又是道德义务，因为，在社会中享有公共福利而不纳税在

道德上缺乏正当理由。而且，如果愿意在一个特定社会中生活，这本身已暗含着这样一个结论：愿意接受该社会的法律义务。否则，在道德情理上同样不能自圆其说。不论是从上述一类功利估算的角度还是从道德自律的角度，这些自愿都与“强制”“被迫”没有关系，而且与法院可能如何判决强制的“预测”没有关系。

霍姆斯以为，如果存在着“自愿”，便没有存在法律的必要。但是，坏人之外的其他人有时不仅需要功利估算和道德义务的指引，而且需要权利义务的“具体明确”指引。比如，当进行功利估算时，功利者当然想知道纳税的数量、国家财政的计划、福利设置的具体方面的具体数字，以及个人可以获得的具体福利权利。而道德义务自律者在想积极纳税时，同样想知道具体的税额及税率，以及交给何种征税机构。而在一般功利估算的对象和道德义务的内容中，并不存在这类具体明确的指引。正是在一般认为的法律中，人们才能发现这种具体明确的指引。似乎不能认为，这种具体明确的指引不是法律的基本功能因而不属法律的范畴。

另一方面，与分析法学和格雷的思考角度类似，霍姆斯忽略了法院对自身角色的反省与认识。分析法学强调主权者的意志、格雷强调法律适用者的最终性，都是从法律对一般公众的结果分析得出的结论。一般公众如果不遵从主权者的命令或法律适用者的最终解释，便会遭受被制裁被处罚的不利后果。分析法学和格雷，没有而且拒绝思考法院的法律义务，这便忽略了法官自身的观察者的观察地位。与此相像，霍姆斯亦将法院的法律义务抛置一边从而抛弃了法官的观察视角。

强调法官可能会如何判决的预测说，意味着观察者通常只能是当事人而不可能是法官自身。然而，法官在审判案件时，一般不是在预测自己或其他法官将会如何判决。对其而言，一般并不存在强制或不

利的后果。霍姆斯可以认为，如果判决存在上诉问题，下级法官仍要预测上级法院的法官将会如何判决，否则自己的判决便可能被改判或撤销。但是，这种辩解仍然不能成立。因为：第一，即使是改判与撤销也仍然不存在“不利后果”的问题；第二，法官完全可以是最高法院或上诉法院的法官，同时，一个法律体系也许并不存在上诉制度。在这种情形中，认为这些法院的法官是在预测显然没有任何的说服力。

此外，这些法院的判决颇为重要，其判决所运用的推断模式具有一种范例效应，如果这些法院在判决时不是运用“预测”的推论模式，那么，以其为范例的一般公众或律师的推论何以时常是“预测”？这点似乎表明，至少某些公众或律师不是在“预测”。

四、行动中的法律

从阐释学的角度来看，分析法学将白纸黑字的规则视为法律的“本文”，将主权者视为法律的“作者”，而将法律适用者和一般大众看作法律的“读者”。分析法学以为“本文”的意义取决于“作者”，而且一旦创作出来便是客观存在的，它与“读者”的阅读反应没有关系。换言之，“读者”不能决定“本文”的意义。因此，分析法学的核心观念是作者本文统一式的决定论，这种决定论保留了法律规则的客观性从而保留了其可普遍适用的一般性，并将“法律的意义（或知识）”搁置于白纸黑字的规则中。

格雷与霍姆斯消解了白纸黑字的法律“本文”。他们主张，由于法律适用者这一“读者”的最终性，“法律的意义”存在于并且决定于读者的解读。无论是法律适用者的“所说”还是一般公众或律师的“预测”，都是读者的一种解读。这样，格雷与霍姆斯实际主张了法律意义的读者决定论。这种决定论，抛弃了法律规则的客观性从而在相当程度上

抛弃了其可普遍适用的一般性，将“法律的意义（或知识）”归入了阅读者的观念之中。

但是，格雷以为，法院的具体判决是以阅读后的“法律规则”作为大前提的，而霍姆斯以为，阅读后的“预测”在一定程度上对一般公众或律师具有约束指引的意义，这样，两者似乎又保留了对“规则约束性”观念的眷恋不舍。其实，依照两者理论的内在逻辑，“规则是虚构的而且必须予以抛弃”，似乎是不可避免的唯一结论。从格雷理论的角度来看，法律适用者是在不断解释法律，而且这种解释可以不断地具有新的含义，因此，法律适用者的解释实质上只能是适用于具体案件的法律解释，其并不存在“可普遍约束”性质的规则意义。从霍姆斯的理论来看，“预测”同样是会因人而异的，“预测”仅对预测者具有约束的意义，其同样不存在“可普遍约束”的规则意义。概言之，两者的读者决定论暗含着“客观的法律规则”并不存在的必然结论。

027　虚构的法律规则

以疑难案件、法律适用者的复杂推论和法院判决的最终性作为分析的切入点，以格雷和霍姆斯暗含的规则怀疑论作为推演的出发点，现实主义法学，展示了彻底的法律规则怀疑论。

美国法学家弗兰克（Jerome Frank）以为，正常理解的“法律规则”是一种具有约束力的规则。在现实中，如果可以发现其对法律适用的主体产生约束的作用，那么，便应承认其是存在的。但是，对现实的观察可以证实，像法官这类的法律适用者并未受到这类规则的约束。法官时常是在超越所谓的“法律规则”。如果法官可以在所谓的规则之外自立判决的依据，那么，这种规则显然不能认为是有约束力的，因而不能称作法律的规则。如果法院具有事实上的自由裁量权，不同的法官可以运用自由裁量权作出不同的判决，而且，不存在唯一

正确的判决结果，那么，怎会有法律意义上的规则？[65]所以，即使是在法院的判决之中，同样不能认为存在着法律规则。卢埃林（Karl Llewellyn）指出，法律制度中的规则在实际的法律适用过程中所具有的意义，远没有人们设想的那么重要。“那种根据规则审判的理论，看来在整整一个世纪内，不仅愚弄了学究，而且愚弄了法官。”[66]对于那些白纸黑字的制定法或判例来说，它们“仅仅是法官就具体案件作出法律判决的许多渊源中的一些渊源”，而不是人们认为的法律规则。[67]

028　作为具体判决的法律

法律规则的不存在并不意味着法律的不存在。现实主义法律理论相信，具有普遍性和规范性的法律是一种天真的设想。真实存在的只有法律适用者的具体判决，而这种判决才是具有现实意义的法律。

法律与具体判决是等同的。因此，法律的内容随着具体案件事实的变化而变化，不存在类似案件类似处理的问题。换言之，每个案件之间都存在着区别，因而严格地说，不存在针对某一问题的法律，而只存在针对某个具体案件的法律。声称针对某一类具体问题的法律和针对某一个具体案件的法律是矛盾的，没有任何意义。

弗兰克说：“现在，我们可以大胆地从一般人的观点提出一个大致的法律概念：对任何具体的外行人来说，法院针对具体案件事实作出的判决只要影响了特定的当事人，那么便是法律。只有当法院在这些事实上作出了判决，在这个问题上法律才是存在的。在作出判决之前，唯一可以利用的法律就是律师发表的与当事人和案件事实有关的法律意见。这种意见实际上不是法律，而仅仅是对法院将如何判决的猜测。”因此，“就任何具体特定情形而论，法律要么是实际的法律，即关于这一情形的一个已在过去作出的判决；要么是可能的法律，即对一个将来判决的预测”[68]。泰勒（Richard Taylor）更是指出：“就存

在方式而言，任何具体案件中的法律不是成文法、普通法，也肯定不是某种不成文的自然法。精确地说，它是司法判决本身……认为司法判决非法的观念是没有任何实际意义的……对当事人来说，法律是对其法律义务的陈述。这一陈述仅仅是司法判决。当事人的法律义务是与判决的宣布相伴而生的并且直至永远，只有在另一司法判决宣布后才能撤销。”[69]针对法院在里格斯诉帕尔玛一案中的判决，泰勒认为：“在此我们关注的不是法院的判决是否明智或愚蠢……我们倒是想问这些问题：在上诉审判决之后埃尔玛·帕尔玛对遗产的法律权利是什么？在判决后其他继承人对农场是否具有所有权？这两个问题完全取决于这个问题：

对当事人来说法律是什么？对这一问题的回答是无可争议的。在这一问题上的法律并不是制定法宣布的内容，因为在这里，有关的法律是一回事，制定法则是另外一回事。有关的法律不是明确的来自普通法的原则。有关的法律完全见于法院大多数人的意见，而且完全是由这一意见构成的。”[70]

029　行动中的法律及其不确定性

现实主义法学以为，通常认为的法律规则是一种虚构，在现实中真实存在的只有法律适用者的具体判决。因此，法律只是一些官员活动的事实而不是一种规则体系。法律是一种活的制度，而不是一套规范。法官和行政官员等在实际上对法律案件的所作所为就是法律本身。卢埃林说：“在我看来，那些司法人员在解决纠纷时的活动就是法律本身。”[71]

正是以这种方式，现实主义法律理论彻底消解了“本本中的法律”概念，代之以“行动中的法律”概念。

如果法律是一种行动中的法律，那么，这种法律是否具有确定性？格雷与霍姆斯虽然否定本本中的法律概念，但是，他们以为法律仍然是可预知的，因为法律适用者形成法律的依据是可预知的。现实主义法学尤其是弗兰克的理论，将格雷与霍姆斯的设想推向极端，认为行动中的法律充满了不确定性。弗兰克说："人们只能极为有限地获得法律的确定性。对法律的准确性和可预测性的要求总是不能获得满足，因为，这类对法律最终性的追求，超越了实际可欲可得的现实……这是说，认为法律是或可以是稳定的、确定的这一观念并非是理性的观念，而是应该归入虚幻或神话范畴的观念。"[72]

法律的不确定性，不仅来源于法律适用者依据的渊源复杂多样，而且来源于法律适用者本身具有的复杂品性。现实主义法学指出，作为主体的法律适用者，一方面具有正常的理性思维活动，另一方面也有嗜好、习性、直觉、偏见甚至脾气等非理性的思维活动。在这样一种法律适用者身上，如何可能存在法律的确定性？

030　疑难案件与法律适用者的复杂推论

现实主义法学对争议性的疑难案件和法律适用者的复杂推论兴趣十足。但是，有论者以为，简易案件也是存在的，而且，在简易案件中法律适用者的推论也并非是复杂的。它像分析法学所设想的一样是一种三段论的推论方式。所以，现实主义法学的理论是"对个别判决的狂热崇拜"[73]。

在前述麦克劳夫林诉奥布雷恩案中，如果原告A不是在事故发生后两小时赶到医院，而是在事故发生之际便在现场受到精神打击，那么，根据已经存在的判例似乎不能认为该案是一个有争议的疑难案件。不仅英国初审法院、上诉法院和上议院会有同样的判决结果，而且，它们的法律推论的依据也会大致相同的。它们会依据前例所体现

的规则来判决该案。否则，人们便不能理解为何在英美国家存在大量的相似判决或相似判例。就此而论，如何认为判例中的法律规则（无论是白纸黑字的还是法律适用者主观理解的）对法律适用者没有约束力?

针对这一批评，现实主义法学可以提出这样一个反驳：即使原告A的确是在事故发生之际便在现场受到精神打击，英国三个法律适用机构对其作出了同样的判决，同样不能认为法律适用者是用三段论的推论方式，适用了前例中的法律规则。因为，可以将同样判决的原因理解为法律适用者具有共同的判决意见，而不是前例中的法律规则（无论是白纸黑字的还是法律适用者主观理解的）对其有约束作用。这是说，简易案件的存在，并不是因为其属于制定法或判例中的法律规则体现的典型情况，可以简单地将那种规则适用于其中，而是因为法律适用者对其没有争议。另一方面，即便是在原来的麦克劳夫林诉奥布雷恩案中，如果三个法律适用机构没有争议地作出了同样的判决，而且各自推论的依据也大致相同，那么，该案也同样可以认为是一个简易案件。在此可以表明，疑难案件出现的关键在于法律适用者的主观方面，而不在于案件是否与制定法或判例中的规则一致。因此，没有争议的简易案件的存在并不能表明具有约束性的法律规则的存在。

可以发现，从现实主义法学的反驳中可以推出这样一个结论：法律适用者的主观意见决定了案件是疑难的还是简易的，因此，是否制定制定法或公布判例是无关紧要的。然而，这一结论可能缺乏说服力。因为，存在制定法或判例与不存在是不同的。当存在时，法律适用者的相同意见会依循其方向来发表；反之，这种相同意见可能会向另一方向发展。这说明为何不少没有争议的案件判决与制定法或判例是相同的，同时，说明其中法律规则（即使是法律适用者共同主观理

解的）似乎是有约束力的。法律制度制定制定法或记录判例，似乎不是没有任何道理。

031 法律适用者的态度

现实主义法学关注疑难案件和法律适用者的复杂推论，与其从负面角度理解法律适用者的主观状态有着密切联系。它以为，法律适用者只要愿意，便可不受所谓的“法律规则”的约束，即使具体案件的事实与制定法或判例之间存在着明确的逻辑关系，也是如此。这样，正如霍姆斯忽视了当事人中好人的存在，忽视了法律适用者对自身义务的反省一样，现实主义法学忽视了自觉遵循制定法与判例判决案件的法律适用者的存在。有论者认为，大多数法律适用者在审判案件时，事实上并非像现实主义法学所描述的那样极具主观性。反之，他们通常是以制定法或判例法作为判决依据的。一般来说，法律适用者的基本倾向是保守的，他们时常不愿意突破制定法与判例的约束另行其道。作为一种对法律概念的基本把握，如果无视这一基本事实，那么极难认为这种把握具有较大的说服力和解释力。[74]

现实主义法律理论可以认为，虽然法律适用者有时可以自觉遵守制定法与判例，但是，这种遵守毕竟是自愿的。如果不遵守，并不存在约束的机制迫使其遵守。在此关键问题是：如果愿意，法律适用者就可以将制定法和判例搁置一旁。

然而，在大多数法律适用者事实上自觉遵循制定法与判例时，问题关键似乎便不仅是法律适用者是否将制定法和判例搁置一旁。在这种情形下，法律在整体上便会呈现不同于现实主义法学描述的状态，其中，可以发现法律规则的存在，可以发现法律并不总是决定于法律适用者的主观解释。因此，不能对大多数法律适用者的态度事实上如何视而不见。

032　法律适用者的推论与法律规则

从对法律适用者负面心态的理解出发，现实主义法学相信，法律适用者有时是凭直觉来解决具体法律问题的，尤其是法官在审判案件时，时常先作出结论而后给出理由。现实主义以此作为否定法律规则存在的理由之一。然而，另有论者指出，法官凭直觉判案或先作出结论后给出理由，并不表明法律规则是不存在的。因为情况也许是法官十分熟悉制定法或判例中的“法律规则”，在适用法律前已知道法律的结论是什么。当然，法官有时可能是不诚实的，也许会作出一个自己知道是不恰当的判决并将其合理化。但是，这仅仅表明法官有时有意识地不去遵守规则，并不表明没有法律规则。[75]“法律所规定的或允许的是一回事，由于法院的判决而可能作用于当事人的，尽管与法律有关系，也只是另一回事。”[76]

就此批评来说，现实主义法学可以认为，法律适用者有时凭直觉来审判案件，正是表明没有规范使其受约束，正是表明法律适用者如果愿意便可自行作出判决。在现实主义法学的观念中，如果法律规则是存在的，那么，它便具有约束力。如果法律适用者可以决定是否适用一种规则，那么，该规则对其便不存在约束力，而没有约束力的规则根本不是法律规则。可以看出，现实主义法学的潜在观念是：从法律适用者的角度来看，一个规则只有当存在“强制”作为后盾时，才可以具有约束力，才可以是一个法律规则；在法律适用者的背后不存在可以实施强制的机构，因此，对法律适用者而言不存在约束力，因而不存在法律规则。

显然，这里涉及如何认识法律规则的品质。如果法律规则的存在必须以“强制”要素的存在为依据，则现实主义法学的结论将是不可避免的。反之，则可认为其结论是错误的，可以认为即使法律适用者有时自行作出判决，法律规则仍然是存在的。

033　具体判决·强制·法律规则

法律仅存在于具体的判决之中，这是现实主义法律理论的核心要点。虽然法律适用者的背后不存在“强制”的问题，但在具体判决的背后存在着实施强制的机构，因而存在着强制性。在麦克劳夫林诉奥布雷恩案中，英国三个法律适用机构作出了同样的判决，即使原告A不赞同，她也必须服从其中权利义务的规定，因为判决具有强制性。具有现实强制性的具体判决才是真正的法律。

在这里，虽然现实主义法学与分析法学不同，认为法律只能是针对具体案件的具体权利义务的规定，不存在普遍性一般性的法律规则，但是，其与后者一样假设了“强制”或制裁是法律的必要因素。因此，如果认为分析法学不能解决区分主权者命令与强暴者命令的理论困难，那么，现实主义法学似乎更加不能解决区分具体判决与强暴者要求的理论困难。具体判决可以理解为对具体案件当事人的一种要求，这种要求以应为一定行为或不为一定行为为内容，如果当事人不服从，则会遭受不利的后果。而且，具体判决并不具有普遍性或一般性。在这些方面，其与强暴者的要求并不存在什么区别。或许，强暴者的要求与其之间的区别，仅在于具体判决的作出者是社会的权威权力机构。

现实主义法学可能以为，正是因为具体判决的作出者是社会的权威机构，所以具体判决才能叫作法律，而强暴者的要求不能叫作法律。但是，如果这样认为的话，便等于认为法律的核心要素在于“是否存在权威机构”，而不在于“是否存在强制”。否定“强制”的要素必然会导致现实主义法律理论的全部无效。“强制”是其主张具体判决才是法律的基本依据，没有“现实的强制”概念，现实主义法学根本不能批判“本本中的法律”观念，根本不能否定法律规则的存在。而且，主张法律的核心要素在于“权威机构”，进一步问题依然存在：为什么权威

机构具有强制性？如果回答“因为权威机构有物化的震慑力量”，那么，这与强暴者并无二致。如果硬说“权威机构是一种法律机构”，这便会陷入一种不妙的循环说明：权威机构由法律决定，而法律又由权威机构决定。

由此看来，现实主义法律理论在“强制性”的问题上自圆其说，要比分析法学来得更为困难。

如果将“强制性”视为法律的基本要素是错误的，那么，前一节讨论的现实主义法律理论以法律适用者背后不存在“强制”为由否定法律规则的存在，便是不能成立的。

034　法律具体判决的最终性

法律适用者背后是否具有“强制”的问题，在另一方面，就是法律具体判决是否具有最终性的问题。在现实主义法律理论中，判决的最终性是其主张行动中的法律概念及否定法律规则的存在的基本理由。这种最终性意味着，无论法律适用者的判决是否正确，其都将在现实社会中发挥实际的效力，即使它和人们认为的法律规则含义不相一致也是如此。

但是，将法律视为法律适用者的具体判决，似乎较为狭隘地理解了法律的作用。一般以为，法律不仅具有解决纠纷的作用，而且具有其他方面的行为指引的作用。事实上，人们可以看到，法律的作用更多的是通过普遍的行为指引来发挥的，在法律制度的运行过程中，解决纠纷只是法律的次要作用。同时，虽然可以发现，法官在审判案件时由于具有最终审判案件的权力，因而是不会受到现实其他力量的约束的，然而，这不意味着法官是不受任何因素约束的。在这里，可以而且必须区分强迫做某事和要求做某事。在法律的范围里，对法律适用者来说，只有“要求”含义而无“强制”含义的义务完全是可能的。基

于这些看法，有论者指出，不能从具体判决的最终性得出行动中的法律概念，得出法律规则不存在的结论。[77]

此外，有论者以为，现实主义法学极为可能在理论上混淆了法律的效力和实效。在一般情况下，人们在讲述法律是有效的时，是指法律应该被遵守和适用；而讲法律是有实效的时，是指法律实际被适用和遵守的事实。法院的具体判决的最终性似乎体现了法律的实效。应该承认，法律的效力与法律的实效有着密切联系。如果一项规范（或规则）在任何地方均不被任何人适用或遵守，那么该规范也不会被视为有效力的规范。但是，如果某些法院在某些情况下未适用某一规范，这并不意味这一规范没有法律的效力。一个法律制度在整体上为人们所遵守，其中的具体规范便是有效力的，即使在个别情况下具体规范未被适用与遵守，也是如此。因此，用法律具体判决的实效彻底否定法律的效力进而否定法律规范的存在，似乎是不能成立的。[78]

与此类似，有论者指出，有关事物存在的"陈述说明并未告诉我们应该怎样实施行为，而法律却说明了这一点。科学说明要么是真的要么是假的，而法律不存在真假的问题。在这些方面，法律像要求。一个关于语言活动分类的有说服力的理论告诉我们，陈述语气的句子（如预言）目的在于告诉我们情况是（或将是）怎样的，而祈使语气的句子则告诉我们要做什么"[79]。这样，用法律具体判决的实际状态否定祈使语气的法律规则，似乎是错误的。[80]

现实主义法学具有这样一个观念：一般认为的法律具有普遍行为指引作用的概念，是假定了普遍规范性的法律规则的预先存在，因此，用这种概念来证伪具体判决是法律的概念，并证明法律规则从而是存在的，显然是无效的。另一方面，即使承认这类普遍指引作用的存在，同样可以看到，这种指引的实效时常是以法律适用者具体判决为转移的。当人们依照所谓的法律规则实施某种行为时，如果法律适

用者的一个具体判决与人们的法律理解不一致，那么，这一判决便会改变人们对法律的理解。这表明具体判决要比想象的规则指引来得更为重要。就效力与实效的区分和祈使语气语言的存在而言，现实主义法学可以认为，这同样是假定了规则的预先存在。

从法律适用者的角度来看，将其适用法律的义务视为受到某种规则的约束似乎是不能成立的。如果认为这种约束是种类似道德的约束，那也未尝不可。然而，这类约束无论如何是种非强制的约束，认为非强制的约束仍然可以构成一个法律义务，便等于将法律与道德之类的约束混为一谈。以此为依据，现实主义法学以为，必须承认法律适用者事实上是不受约束的。

法律具体判决的最终性的问题十分重要。用法律存在指引作用、区分实效与效力、指出祈使语气的语言存在作为理由，似乎不能有效地化解这一难题。用法律适用者可以受到某种类似客观存在的道德规则义务的约束，同样不能起到化解的作用。但是，这些批评理由的不成立，并不意味着现实主义法律理论是正确的。在强调这一最终性时，该理论实际上依赖了自身暗含的“法律强制”的概念。如果这一概念是错误的，那么对法律适用者本身的最终性便会产生新的理解与认识。我们已经看到，“法律强制”的概念的确是错误的。

035　法律的阅读与理解

与判决最终性问题密切相关的一个问题是：法律适用者对制定法或判例之类的白纸黑字的阅读与理解是主观的还是客观的。现实主义法律理论极为强调，与一般人们的设想不同，这种阅读理解产生的意义或曰法律的含义，只能依赖于法律适用者，因而其本身只能是主观的。这意味着法律含义是由阅读理解者决定的，从而意味着法律是由阅读理解者“制定”的。这一强调的理由有两个：第一，法律适用者在

阅读理解时已有先存的观念或判断；第二，阅读理解并不存在唯一正确的客观结论。

有论者认为，第一理由是偏颇的。阅读理解者已有先存的观念或判断，不意味着阅读理解只能是主观任意的。当阅读解释者与制定法及判例的制定颁布者具有类似的文化认识结构，类似的价值选择，阅读解释者的法律解释便可产生一定的客观性。这种客观性产生的法律内容与制定法及判例的内容不能认为是不一致的。

另有论者认为，第二理由实际上是由“正确”或“客观”等概念的不恰当理解而产生的。在法律的语境中，“正确”“客观”是相对而言的。为了确立法律解释的正确性或客观性，只需确定一种可能性：由于具有分量较重的理由支持，一种法律解释胜过另一种法律解释。“现实主义法学似乎混淆了是否存在客观标准和正确结果的问题，和是否可以确定我们的标准和法律结果是正确的这样一个怀疑性的问题。后种怀疑可以认为是十分恰当的……但是，这不应使我们怀疑谈论正确结论的意义。”[81] 此外，当对制定法和判例的阅读理解出现疑难时，可以利用一些辅助手段解决问题。比如，可以参考法律的“目的”，通过对“目的”的认识来获得较为正确及客观的阅读结论。[82]

然而，现实主义法学仍然可以认为：虽然法律适用者的阅读理解在某些情况下可以与制定法及判例具有类似的内容，但是，这仅是说明一定条件下的两者一致性，并不能够说明制定法及判例本身可以约束控制法律适用者的阅读理解。这一情形不能否定制定法及判例的意义决定于法律适用者的结论。就“分量较重的理由”以及其他可依赖的辅助手段而言，它们同样存在阅读理解的问题。什么是“分量较重的理由”？一部制定法与一个判例中的具体“目的”的内容是什么？这些仍然需要阅读与理解，它们本身同样存在着“是否具有正确性、客观性”的问题。此外，“相对的分量较重理由”的概念的提出，本身便是承认

了“客观或唯一正确的结论”是不存在的。因此，“正确结论”或曰解释标准的客观性问题仍存疑问。

应该指出，现实主义法律理论在认识论方面最具刺激性的观点是否认法律适用中存在唯一正确的结论。对于批评者，这一问题可能具有中枢作用。换言之，如果可以证明法律适用中“正确结论”是存在的，那么，似乎便可以通过“正确”的解释方法解决解读的多样性，法律适用者不受约束的问题也就不存在了，而其他现实主义的发难亦可迎刃而解。

这一怀疑观点对后面阐述的一些法学理论具有十分重要的意义。许多法律理论，在不同程度上均以此作为出发点，并深化了现实主义法学的理论依据。在后第 095、 096小节，我们将详尽探讨这一问题。

五、实用主义精神

根据现实主义法学的上述观点，法律适用者判决式的法律是极为不确定的和几乎难以预见的。这样的法律对一般人来说，究竟意义何在?

一方面，分析法学说，法律存在于制定法或判例的白纸黑字的规则中，这种规则具有普遍的约束性，以其作为依据的具体判决是真正的法律适用；另一方面，在特殊情况下，法律适用者可以具有自由裁量权，根据法律规则之外的规范内容作出具体判决。问题是：后一种判决是不是“法律的”判决？如果是，理由是什么？显然，分析法学以为后一种判决是法律判决，但是并未给出理由予以说明。而且，即使能够提出理由给予说明，仍会在其中得出一个不同于白纸黑字观点的法律概念。因此，分析法学的法律概念学说实际上暗含着一个不可解决的两种法律概念的彼此矛盾。

尤为重要的是，这种矛盾展示了一个紧张关系：白纸黑字的主导法律概念始终包含了对法律适用者的自由裁量的否定，使后者无法得到证明自身合法的正当理由。

而在现实主义法律理论中，白纸黑字的法律概念是错误的，真实正确的法律概念是后一种的法律适用者自由裁量的概念。这种法律尽管是不确定的不可预见的，但似乎能使法律概念学说一以贯之，而且在实用价值观念的观照下，能使一般所说的“自由裁量”得到自证合法的正当理由。

据此，现实主义法学相信，行动中的法律概念对人对社会来说不仅不是一个不幸，而且不是一个价值上应予否定的法律认识。相反，它具有重要的实践意义。

036　法律与社会的需要

在弗兰克看来，一般人们普遍期待法律的确定性，并相信法律可以是稳定的、固定不变的，其本身就是追求从未实现过的“法律神话”。经过对法律适用者的法律适用的详尽分析，人们可以清楚地看到，法律仅仅是存在于法律适用者的行动中。如果正视这一事实，并且抛弃孩提时代留有的“恋父情结”的残余，抛弃在法律中追寻父亲般的固定性、可靠性、确定性和万无一失性的替代物，便会自然而然地看待法律现象，并且不会再去幻想式地寻求原本不存在的确定性。[83]

弗兰克以为，在变动不居的社会状态中，法律的不确定性正是人们对实际生活采用积极的、实用的法律态度的最佳契机。其巨大的社会价值就在于，人们可以根据社会的实际需要来确立法律的含义及内容，使其更为有益地适应社会实践的期待与展望。因此，人们不应对法律的不确定性感到悲哀。

现实主义法学进而指出，作为法律产生发展的主体，法律适用者应当在价值取向上努力探明某种判决方式的实际效果，然后根据对这些效果的评估作出判决。“如果推理不能解决案件而只能表明特定前提的效果，而且如果存在一个可以利用的、争议性的但是同样具有权威性的前提导致一个不同的结论，那么，在这里便存在一个选择，一个需要确证的选择，一个只能作为政策问题进行确证的选择……只有政策考虑及面对政策考虑，才能确证相关判例总体的某种‘解释’。”[84]某些现实主义法学家主张，在估价实际效果和选择政策时，应当权衡相互冲突的利益，其中尤为应当注意社会效益。他们相信，许多法律问题可以根据社会风险的适当分配获得有益的解决。

在此，现实主义法学的潜在设想是：法律只能是法律适用者行动中的法律，因此，如果认为一般的立法者可以根据社会需求制定“白纸黑字”，那么，便应承认真正的法律拥有者同样可以这样制定法律。

037　实用主义和法律的正当性

显然，现实主义法律理论是以张扬包含社会功利主义内容的实用主义来淡化人们对法律不确定性的固有反感。它不仅试图动摇一般人们接受的法律概念，而且试图用实用主义的效用观，动摇一般人们认可的确定性、稳定性和可预测性等法律价值。

在现实主义法律理论盛行之时，实用主义哲学是颇为具有吸引力的。这种哲学极为强调真理、知识的有用性，极为强调事物的未来价值。美国哲学家詹姆士（William James）说：“根据实用的原理，如果一个设想可以带来有益的结果，那么我们是不能将其拒之门外的。普遍的观念……如果没有用处，则的确没有意义或现实性。反之，它们便会具有意义。而且当意义的用处与生活中的用处相当时，它才是真实的。”[85]“对于我们来说，正像健康、财富、力量等是与生活有关的

实现过程的名称一样，真理同样是一组实现过程的名称。人们追求真理是因为可以获得回报。与健康、财富和力量一样，真理是在经验的过程中被创造的。”[86]在实用主义的哲学中，一切有用的便可成为人的工具。因此，弗兰克认为：真实正确的事物依赖于“与你希望的和可能实现的价值与理想的一致性，依赖于可以促进这些价值与理想的有效性”[87]。

但是，不论实用主义如何强调实际的效果、如何强调事物的工具意义，人们仍会对行动中法律的正当性提出疑问。

长期以来，人们不仅认为而且希望法律不溯及既往，具有稳定性、确定性和可预测性，因为这些对社会的正常运行是不可或缺的。如果法律是溯及既往的、朝令夕改的、含糊的和无法预知的，那么，人们将难以确定自己的行为后果从而难以确定行动方式，社会也将是不稳定的。因此，奉劝人们放弃追求这些法律价值似乎要比奉劝人们抛弃“恋父情结”来得更为困难。此外，如果法律全部成为法律适用者的判决或行动，那么，这也将与长期以来形成的立法与司法相分离的观念以及民主的价值取向发生严重的冲突。首先，人们认为立法与司法应分离的理由是：两者合而为一将会导致专制。而法律如果变成法官的判决，那么立法与司法的界限显然就不存在了。在现代，有人便以为，随着法律不断地复杂化和专业化，职业性的、专业性的法官阶层有可能成为一种新的“专制”阶层。这样，在这种情况下，法律适用者中心论的法律概念极为可能是令人失望的。其次，一般认为，在政治上法律应由民选的机构来制定，起码基本的法律结构及内容应当由这样的机构来确定，这是民主的要求。而法律适用者通常不是民选的，其各种意见的形成及其程序与民众的愿望并不直接发生关系。而依照现实主义法学的观点，甚至基本的法律结构及内容都将不可避免地由法律适用者来确定。这样，法律以及法治与民主必须相结合的要

求是不可能实现的。上述这些问题尤其是后面的问题表明，法律适用者行动中的法律的概念缺乏一种正当性的基础。

分析法学虽然认为法律是主权者的命令，但是，它以为主权者可以是民主代议机构或一般公众，而且法律具有普遍性、确定性和可预测性，法律适用者通常仅是“适用”法律。这样，其理论在某些时候似乎并未面临严峻的正当性问题。在这方面，如果认为现实主义法学要比分析法学更为有趣地说明了“法律是什么”，那么，它比后者更难以说明法律的正当性。

六、作为一种没有“规则”内容的社会现象的法律

现实主义法学竭力主张“行动中的法律”，否定“本本中的法律”，但是像分析法学一样坚持“实然”与“应然”的分开。在现实主义法学看来，如果“本本中的法律”观念是无意义的，那么，运用价值判断去分析法律的存在与否便更是无意义的。对于当事人来说，不论其对法律及其效力持有何种的主观评判的观念，对其具有实际影响力的只有法律适用者的具体判决。

然而，在分析法学中，将“实然”与“应然”分开的意义是十分重要的。当判断法律实际上是什么时，应当运用一种客观的事实标准；而当判断法律的优劣时，完全可以运用主观的价值标准。之所以必须要用事实标准来判断法律的存在，是因为法律的义务性质的“规范”要求无论在实践上还是在理论上都具有首要的意义。在实践上，“规范”要求可以使人们明确自己在社会中的地位、角色以及应当做什么，没有这种明确，社会的存在是难以想象的；在理论上，“规范”的要求是法律的重要品格，也是人们把握法律现象的必要途径，也是人们形成有

实践意义的法律知识的必要途径。而在现实主义法学中，虽然应当区分法律的“实然”与“应然”，但是这种区分似乎并不十分重要。因为，法律是法院的判决或官员的行动，在当事人这一方是一种法院将如何判决的预测。这样的法律似乎没有而且无法具有“规范”要求的性质，它只给当事人实际的法律结果。

区分法律的“实然”与“应然”是一种实证主义的立场。从这一角度来看，现实主义法学也可以认为属于法律实证主义。法律实证主义的基本观点之一是：法律是一种客观的社会现象。如果法律是一种客观的社会现象，那么采用哪种基本事实作为分析的出发点便是颇为重要的。分析法学关注的基本事实是主权者的立法内容，而现实主义法学关注的基本事实是一般官员的法律行动。

另一方面，现实主义法学融汇了实用主义的意念，从而使法律的实然研究便成了另一层次的实验效果研究。美国法学家宾厄姆（Joseph W. Bingham）以为：“在观念之外并不存在规则，规则本身是不可发现的，因为，它们是心理现象。”[88]简单地说，法律规则和原则是将实际法律现象合理化的心理过程。心理过程只能由外在的行为加以研究。由此，法律研究应该集中在“政府机构的组织、它们的具体运作及效果和导致这些运作的因果事实”[89]。卢埃林指出，法律研究应该涉及“工具主义、法律适用中实用的社会心理的影响”，应该包括法律判决对社会的具体效果。[90]在这里，现实主义法学将法律适用者中心论和实用主义融为一体，建立了别有一番意义的法律社会学。

039　内容不确定的法律知识

从法律知识的角度来看，“实然”与“应然”的分开暗含着两个重要结论：第一，可以找到一个标准来区分法律和非法律；第二，可以找到一个标准来确定某一法律的法律效力。分析法学相信，“主权者发布

的一般性命令”便是区分法律与非法律的一个标准，也是确定某一法律的法律效力的标准；而现实主义法学则认为，官员的行为才是区分法律与非法律的标准，才是确定法律效力的标准。虽然两者存在着重要区别，然而两者都确信上述标准是存在的。

作为一种法律知识理论，分析法学似乎可以告诉人们具体的法律内容是什么，因为人们可以根据其给出的标准首先确定什么是法律，然后了解法律的具体内容。假设A希望收养B，A便可根据“主权者的命令”这一标准，确定权威立法机构制定的规则是法律，并在这种规则之中了解收养B的条件、程序，以及收养之后的具体权利和义务。而根据现实主义法学，虽然可以知道法律适用者的判决就是法律，但似乎不能事先了解法律的具体内容而只能对其进行预测，因为在法院判决之前似乎无法知道法律的具体内容。如果A具有同样的收养愿望，那么，除了知道法律适用者的具体决定是具有实际效力的法律之外，根本不知收养B的实际条件与程序，而且，更是无法知道收养后的真正具体的权利与义务。

现实主义法学的“知识论”具有极强的怀疑色彩。这使其“法律知识”理论在具体内容层面上变得毫无意义。同时，可以发现，如果法律在具体内容层面上是不可知的，那么在一般层面上的法律知识的意义似乎是值得怀疑的。因为，人们除了知道法律就是法院的判决或预测之外别无所知。分析法学不仅主张在一般层面上运用一个标准可以知道什么是法律，而且主张在具体层面上可以得知法律的具体内容，这样，其法律知识的理论在基本方向上变得具有意义。

当然，现实主义法学的怀疑论可以使人们注意到，由于法律运行过程的复杂性和多样性甚至一定的不可预测性，一般法学（像分析法学）所期望的“法律知识论”在实践中的意义似乎也是有限的。在实践中，法官或其他官员在某些情况下似乎并未完全依据统一的“法律知

识”指导行动。应当指出，现实主义法学的怀疑论在“法律知识”的问题上的确开辟了一个重要的理论战场：法律知识的意义究竟是什么？在后面第四章，我们将深入探讨这个问题。

七、小　结

从法律本体论的角度来看，现实主义法律理论的核心观念是：

（1）法律存在于法律适用者的行动中；（2）这种法律的特征在于只可预测不可预知，它是不确定的。

这一观念的依据有三个：第一，法律适用者的推论是复杂的；第二，任何法律的最终解释不能离开法律适用者；第三，法律适用者的判决具有现实的影响力。

就第一点而言，由于法律适用者在解决具体法律问题时，并不以白纸黑字的规则作为唯一依据，其所形成的判决依据的渊源因而是多方面的。推论的复杂，使法律解释的结论时常因人而异。这种局面的出现时常与法律适用者是否自律的问题无关。因为，在疑难案件中，一般设想的白纸黑字规则是不能直接适用的，更为重要的是，法律适用者的阅读理解本身就存在着差异，其中并不存在唯一正确的解释结论。

就第二点而言，法律适用者适用法律，必然涉及对法律的解释，无论这种法律是“本文”之中的白纸黑字还是“读者”头脑中的主观理解，都是如此。只有经此过程，法律适用者才能形成一个法律的意念，并将其用于现实之中。这里似乎已经表明，法律适用者始终处于法律运转的最终性地位。

就第三点而言，法律适用者的具体判决要比通常所说的规则，对人们具有更强的真实有力的影响。人们似乎也会更为关注法律适用者的具体判决。尤为要提到的是，正是因为法律适用者本身不受任何其他的实际因素的约束，其判决的影响才真实有力。

现实主义法律理论的三个依据的潜在前提是：现实的强制力是法律的必要因素。这一观念强调任何法律概念学说的思考，不能离开外在行为制裁的假设。但是，在本章和前一章，我们已经看到，这种假设是错误的。

由于以这个错误的假设为前提，现实主义法学至少展示了如下两个理论困难：第一，不能说明法律语境中具有正面心理的人的存在，尤其不能说明法律适用者自身法律义务的性质；第二，不能说明，在制定法与判例存在的情况下法律适用的方向，为何不同于它们不存在的情况。

从价值论的角度来看，现实主义法学在确定“行动中的法律”概念的基础上，提出了实用主义的期待与展望，并试图改变通常理解的确定性、可预测性及不溯及既往的法律价值。但是，这一思想面临着极为严峻的正当性问题。如果在法律适用者身上出现了立法与司法的合而为一，那么，民主及立法与司法分立的价值似乎便受到了不应有的挑战。而且，在法律的语境中，正当性的优先似乎足以成为否定实用主义的基本理由。

从知识论的角度来看，由于主张行动中法律的不确定，现实主义法学从而实际上主张了法律知识虚无论。这种虚无论，不论人们可以对其提出怎样的批评，的确提醒人们应注意一般法学所说的法律知识在实践中的真实意义。这一问题，是后来法律概念学说的一个重要的理论战场。

现实主义法学与分析法学的相同点是：以“强制力”作为法律的必要条件。两者的基本区别是：（1）前者强调了“司法式”的法律适用者的法律中心地位，后者强调了“立法式”的主权者的法律中心地位；（2）前者抛弃了法律的普遍性、确定性和可预测性，后者保留了这些性质。

第三章 官员统一实践中的法律

不是由于惧怕，而是由于义务，应该不做有罪的事。

——德谟克里特

分析法学法律命令说的目的，是要为人们确立一个标准，通过这个标准，人们便可以知道何种规范可以视为法律规范。在分析法学看来，凡是主权者发布的一般性命令就是法律。命令、义务和制裁是一个事物的三个方面。当A因疏忽造成B的财产损失，A便有义务予以赔偿。因为，“疏忽造成他人损失者负有赔偿责任”是主权者的一般性命令，这种命令是主权者的意愿或意志，以主权者的暴力制裁为后盾。这一理论可以说明部分的法律现象比如消极的法律义务，但不能说明其他的法律现象，如具有自愿内容的法律权利和没有制裁的积极义务；而且，不能说明某些法律为何是存在的，如使立法权力正常承继成为合法的法律。特别重要的是，该理论不能说明主权者的要求为何可以成为法律，而强暴者的要求不能成为。分析法学的设想是：确立法律的强制模式，可以清晰有效地区别法律与道德或其他的社会现象。然而，实现这一目的的代价无法令人接受。

从“在法律适用中没有唯一正确的解释结论”“现实的强制意义”“法律适用的最终性”出发，现实主义法学主张，必须从外在观察的“坏人”角度看待法律现象。这似乎是认为，像分析法学那样确立一个一般性的命令“规则”标准，显然无法把握法律的实质；只有思考现实中的“强制”和法律适用者的实际行为，才能对法律具有现实的审视与把握。具有现实强制力量的法律适用者的行动，说明法律只能是具体的和不可重复的，而且是不确定的和溯及既往的。但是，作为法律官员

的法律适用者，在审理案件的过程中，毕竟有时并不将自己视为外在观察的“坏人”，他们时常采用了不同于“坏人”或律师预测的观点。法律适用者有时甚至经常是将制定法或判例等视为具有“规则”要求的性质。不仅如此，就是一般人也时常不将自己的角色限于“不良心态”的外在观察者，他们也时常将规则视为具有“规范”要求的性质，并且将其作为实施行为的标准。这表明，“法律适用中没有正确结论”“现实强制”“法律适用的最终性”对其并不存在实质的意义。

分析法学与现实主义法学各有不同，但在一点上却是较为一致的：在法律的实施上，两者都强调“强制制裁”的独有意义，在其看来，法律缺乏“强制制裁”是不可思议的。就此而论，两者再述了历史上西方法理学区别法律与道德的基本标准：外在的强制。这一观念的潜在前提是以怀有负面心理的主体作为分析的角色。这意味着，两者忽略了对规则怀有积极态度的主体的存在。

由于分析法学与现实主义法学均忽略了怀有正面心理的主体的存在，从而强调了法律的“强制”性质，这样，它们便必须共同面对一个基本的事实问题：法律的“强制”意义对怀有正面心理的主体来说似乎是不存在的，如果认为法律对其一定有影响，那么这种影响也只能是积极义务式的“规范指引”。这对法律适用者来说尤其如此。

主张法律具有强制性，最为重要的困难在于不能使法律区别于强暴者的要求。在此，分析法学和现实主义法学面临同样的两难选择：要么彻底承认法律完全等同于强暴者的要求，要么认为两者存在着区别，从而将自身的法律概念理论的建构彻底否定。从两者的理论论证方式和内容来看，它们似乎确认了法律与强暴者的要求并无二致，物化的“强制”是法律概念分析的逻辑终局。

可以看出，主张法律的“强制”性质，并非是对所有法律现象的分析与推论，而是对其中部分现象的理解与强调。因此，它最终是一种

姿态的选择。如果这是一种姿态的选择，那么它是将法律展示成人们最为不愿接受的“暴力”形象。

一、规则的内在方面

于是，以英国法学家哈特为代表的新分析法学以为，必须抛弃法律的暴力形象，必须选择新的姿态。新姿态的出发点即在于认识具有正面心理的人的主观态度。

040　习惯行为模式·规则行为模式·被迫行为模式

在社会行为中，可以看到一些具有一定规律性的行为模式：每天早晨跑步、饭后吸烟、晚上10点钟睡觉、喜欢开玩笑、星期六郊游和看电影、每天准时上班、进教堂脱帽、正式场合着西装革履、每天为他人做奴隶般的工作……这些行为之间有何区别，如何分类?

有人可能以为，其中可以分为两种基本行为模式：习惯行为和规则行为。两者区别在于后者包含着一种“要求”，前者并不包含。当没有他人“要求”时，每天早晨跑步、饭后吸烟等行为可视为习惯行为模式。每天准时上班通常来说是一种规则行为模式，因为，对行为者存在着某种“要求”（如国家要求、雇主要求等），进教堂脱帽和正式场合着西装革履也是因为存在着某种要求。而且，这类要求是外在于行为者的，即它是非行为者向行为者提出的，而提出者本身不一定具有这样的行为模式。

但是，这种回答忽略了行为者本身的态度问题。有时，可以发现，行为者同样会向另外的行为者提出这种“要求”，因为他认为，这种“要求”是正确的、正当的，其他行为者违背要求便应受到谴责。当某个政府职员时常迟到不准时上班，某些职员便会认为这是不对的而

且应受到批评，同时会认为，对其给予惩罚具有正当的理由。当有人进教堂不脱帽，有些朝圣者便会认为这是渎神的、应予谴责的；当有人在正式场合衣衫褴褛，有些衣着整洁者便会认为这样有失礼节，是对他人的不尊重从而应予批评。在规则行为模式中，这种持批评观点的行为者一定是存在的。因此，应当看到，习惯行为模式和规则行为模式的真正区别更在于某些行为者具有积极的主观态度，在规则行为模式中并不只有因他人要求而被迫的行为。在两种行为模式之外还有被迫行为模式，这一模式仅仅具有外在的他人“要求”，而无行为者本身的积极态度。

根据这一思路，哈特认为，习惯与规则行为模式的真正基本区别是：第一，在前者中，行为者对偏离行为不存在任何形式的批评，在后者中则有，而且偏离行为会遇到行为者要求遵守“行为模式”的压力；第二，在前者中，不存在批评理由的问题，在后者中，人们有时不仅事实上作出批评，而且认为偏离行为本身便是应受批评的理由；第三，在前者中，群体成员在任何意义上都无须考虑到一般行为，甚至无须知道“行为模式”具有普遍性，更是无须作出传授的努力或者具有维持的意图，就其自身来说，以他人事实上同样这样做的方式行为便足够了，而在后者中，至少某些人必须将“行为模式”视为群体整体遵循的一般准则。[91]

在哈特看来，将规则行为模式的特点理解为存在着一种外在的他人要求，与行为者的自愿态度无关，等于是承认了规则行为都是被迫的，等于将规则行为模式完全等同于被迫行为模式（如每天为他人做奴隶般地工作）。这是分析法学和现实主义法学“暴力解释法律”失败的关键。

041　规则的内在方面和规则的存在

哈特以为，在规则行为模式中，正面心态行为者“反省”的主观意念是“规则的内在方面”，行为的规律性是“规则的外在方面”。没有“反省”性质的内在方面，行为模式便会成为诸如习惯等类的行为模式，或者成为仅有强暴要求逼迫的被迫行为模式。“内在方面”而非外在他人的“要求”，是规则存在的至关重要的本质特征。在任何有规则存在的行为模式中，都可以发现这种“内在方面”。在有象棋规则存在的比赛中，比赛者显然不是以外在观察者可记录到的那种方式仅仅具有移动棋子的习惯。对移动棋子的行为模式，比赛者存在一个反省性质的批评态度，即将这种行为模式视为针对所有参赛人员的准则。比赛者个人不仅本身以一定方式移动棋子，而且对所有以这种方式移动棋子的行为“具有看法”。当偏离行为实际出现或将要发生时，这些看法便在对他人的批评、对他人的要求和他人遇到批评、要求时对两者的承认中，表现出来。广泛的“规范性”语言，如“我（你）不应这样移动棋子”，“我（你）必须这样做”，“这是正确的”，“那是错误的”，被正面心态行为者用于这种批评、要求和承认的表述之中。[92]“任何社会规则的存在，包含着规则行为和对作为准则的规则行为的独特态度的相互结合。”[93]

在哈特的理论中，“规则的内在方面”意指规则行为模式中出现的行为者将行为模式视为自己行为及批评他人的理由和确证的主观方面。哈特相信，法律行为模式是一种规则行为模式，当其存在时，必然具有“规则的内在方面”，而这一行为模式中的内在方面，则决定了法律规则的存在。

042　内在方面·法律权利·积极义务·法律规则

“内在方面”是哈特理论的出发点。哈特以此作为治疗分析法学和现实主义法学共同弊病的首要良方。

根据分析法学的法律命令说，如果一个法律的规则行为模式是存在的，那么其原因有三个：第一，某个主体颁布了一般性的命令；第二，背离命令规定的行为模式可能会受到惩罚；第三，行为者惧怕制裁。这意味着，法律义务的产生便是基于这三点。然而，这种说明似乎无法区别“有义务做某事”和“被迫做某事”，无法说明制定规则的主体自己遵守规则的情形，无法解释放弃权利的行为的自愿性，而且最为重要的是，无法解释在法律制度中具有举足轻重地位的法律适用者是如何在不可能存在强制制裁逼迫的情况下，自觉适用规则的。

哈特相信，引入“内在方面”的概念，便可极为成功地区别“有义务做某事”和“被迫做某事”，说明放弃权利的自愿性，说清制定法律规则的主体及法律适用者怎样自觉遵守和适用法律规则。根据这一概念，如果某人认为有义务纳税，是因为他意识到纳税是正确的，否则便是错误的，其心理主观状态与“被迫的感觉”毫无关系。制定法律规则的主体遵守法律规则以及法官自觉适用法律规则，是因为他们具有同样的主观意识。而某人根据授权规则放弃追索债务的权利，这既是自愿的又是有理由的。因此，从此可看出，法律的规则行为模式的存在主要来说并不在于命令、惩罚和恐惧，而在于行为者的“内在方面”，它与被迫行为模式的存在是不同的。

现实主义法学认为，法律存在于法律适用者的行动之中，对于法律只可预测不可预知，因为，法律适用者的行动存在着任意的主观性。在前面一章，我们曾经指出，现实主义法学的这一观点忽略了“好人”的存在，尤其是忽略了作为“好人”的法官的存在。因此，哈特确信，注入“规则的内在方面”的概念，便可理解“好人”在法律理论中的地位与意义，便可初步纠正现实主义法学的理论偏差。可以看出，“好人”自觉遵守“一般性的要求”，是因为其具有积极的主观态度，其相信这样做是正确的。

哈特区分了具有内在方面的行为与习惯规律的行为。他以为，现实主义法学仅关注法律适用者外在行为的一个症结，即在于仅仅关注“习惯”式的行为规律。其未意识到，内在方面的行为与习惯规律的行为之间存在着区别。习惯做某事并不意味着具有内在方面。法官每天吃饭看电视是一种习惯行为，但在固定时间去法院审判案件则时常是具有内在方面的“规则”行为。

概言之，内在方面，是理解法律权利和法律的积极义务的必要途径。

此外，如果内在方面的确是存在的，那么，便有理由认为法律规则是存在的。现实主义法学否认法律规则的存在，理由之一在于法律适用者事实上时常背离制定法或判例中的规则要求，而且，极为强调如果法律适用者愿意，便可以将通常所说的法律规则搁置一旁。但是，在规则行为模式中，具有积极反省态度的行为者是不会背离规则要求的，他会像其他行为者适用规则那样去实施行为。而且，只要其有这种态度，似乎便不存在“愿意背离规则”的问题。因此，在规则行为模式中，不能认为规则是不存在的。

043　对待规则态度的种类

哈特的内在方面的理论，来自英国社会学家温奇（PeterWinch）的社会规则学说。温奇以为，有意义的行为事实上是一种规则约束的行为。因此，必须理解规则对于行为者的意义以及行为者对规则的态度。[94]“‘理解’……是把握人们所说所做的要点和意义。这一观念远离统计和因果律的世界。它更为接近主观表达的领域，更为接近联系主观表达领域各个部分的内在关系。”[95]这种规则理论强调关注行为者对规则的正面的积极态度。

有学者指出，哈特对规则的内在方面的分析似乎不够精确。在现实社会中，可以发现规则的内在方面或曰内在观点，并不限于哈特所分析的那类积极自愿行为者。另有行为者，对规则采取了一种“不热烈的”“勉强的”接受态度。这种态度是一种较弱意义上的内在观点。这类人意识到：（1）存在着积极自愿接受规则的人；（2）规则亦适用其本身；（3）有理由服从规则从而避免受到批评；（4）有理由喜欢规则适用于所有人而不喜欢他人利用自己的“勉强”态度。一般来说，在社会中自愿接受规则的行为者并不占据大多数，大多数人对规则的态度正是这种“不热烈的”“勉强的”态度。[96] 事实上，只要后一种人在社会中是大多数，则规则便可说是存在的。

有论者认为，哈特的“内在方面”忽略了律师和法学家一类实践者的另外一种态度。他们“可以使用规范性质的语言而不必因此具有对法律的道德权威式的态度”[97]。尤其是法学家的态度是一种“说明式”的态度，这种态度不同于实践参与者的积极态度，也不同于一般分析法学和现实主义法学设想的负面心理的态度。这类“说明式”的态度可以观察认识具有内在观点的参与者如何接受规则，但自己并不接受规则或拥有规则的观点。[98]

这些批评者从另一方面指出了除消极心理态度和“内在方面”态度之外，存在各种其他的复杂态度。用一种较为简单的“内在方面”说明行为者可能是不恰当的。正是因为如此，哈特后来也承认：“那类‘态度超然’的陈述构成了一种第三类的陈述，它和我区别的两类陈述（内在陈述和外在陈述）一起构成了三种陈述。”[99]

但是，哈特承认存在着第三种较为中性的态度，并不意味着放弃了说明规则内在方面的积极态度的重要意义。应该注意，第三种中性态度对于抵御分析法学和现实主义法学的“暴力解释法律”的姿态，缺乏应有的力量。尤其在说明至关重要的具有法律最终性的法律适用者

的作用上，积极态度仍具有首要的意义。从法律运转的整体上看，如果将视线集中在这类“不热烈的”接受者身上，便不能有效回应分析法学和现实主义法学的法律强制的暴力学说。

044　内在方面与义务

在哈特的理论中，至少应存在某些人的积极反省态度，否则规则的行为模式是不存在的，从而规则也是不存在的。反之，某些人的正面心态决定了规则的存在，而规则的存在便意味着义务的存在。当存在纳税的义务时，是因为某些纳税人觉得纳税是正当的，他们会对偷税逃税的行为表现批评的态度。他们自己纳税是因为自己就有积极的反省态度。

然而，这一理论似乎并未精确说明：为何没有积极反省态度的行为者仍然具有义务？有些人虽然纳税但并不具有积极的反省态度，他们可能认为，不纳税便会遭到惩罚，所以迫不得已去纳税。为何这些人具有纳税的义务？仅仅是因为有些纳税人认为应该如此的缘故。[100]

哈特的理论的确认为，规则行为模式中的某些人的积极反省态度，是负面心理人被迫依照一定行为模式实施行为的义务根据。但是，有时有人反对纳税是因为认为纳税是错误的、不公正的，其心理并不在于偷税漏税以损公肥己。他的确认为，国家征税没有正当的道德根据。不论这种观念是否正确，这类人被迫纳税的确是一种可以理解的“被迫”行为。在这种情况下，仍能认为积极态度的内在方面是其纳税义务的根据？对于更有争议的问题，这一理论便会遇到更为严峻的疑问。比如，对于“安乐死”“堕胎”等行为，是否反对者的积极态度足以成为赞同者不得实施如此行为的义务根据？如果可以，那么理由何在？在此，可以看到，从哈特理论中似乎只能推出这样一个结论：某些人认为“正确”足以成为他人的义务根据，即使这些人是社会中的

少数。顺此思路，如果对立观点不可调和，那么最终结果似乎只能是掌握权力者来决定谁是“正确”的，从而决定义务是什么。在后面，我们可以看到，哈特的确认为法律制度（及法律义务）存在的关键在于官员世界（即使相对于社会来说是少数）的“内在方面”。如果是这样，义务的根据表面上看是行为者的积极态度，而实际上则是权力的最终决定。如果是权力的最终决定，哈特的理论似乎与分析法学和现实主义法学具有类似的结果，其同样最终不能回避“权力暴力”的问题。

这一分析本身似乎从相反方向表明：就那些被迫的义务而言，分析法学与现实主义法学的理论并非毫无道理。哈特的规则内在方面的观念同样只是说明了法律中的部分现象，尽管这些现象是颇为重要的。

045　义务与规则

根据内在方面的学说，在社会中，如果某人提出一项义务的主张，比如“应当这样行为”，那么这便意味着此人既是预先说明了有关这项义务的规则的存在，又是积极接受了这一规则。换言之，如果有人认为有义务不说谎，那么这表明此人已说明了“不说谎”的规则的存在，而且也积极接受了不说谎的行为。

但有论者指出，这可能是不正确的。对于宣称“进教堂应脱帽”的朝圣者，这也许是恰当的，然而对于说“有义务不说谎”的人来说，也许不恰当。因为，当某人说“人们有义务不说谎”时，可能在社会上并不存在这样的规则。此人所表述的“内在观点”也许仅仅是一种伦理道德的意见表示。素食论者的例子，可以更为清楚地说明这一点。素食论者一般会认为，人们没有权利杀死动物以求食。因为，在任何情况下以任何方式涂炭生灵都是不道德的。可是社会上显然不存在“不杀死

动物”的规则，而且，素食论者也会承认，社会中极少有人会接受这样一种有关义务的看法。[101]

从道德理论上看，哈特的理论似乎忽略了两种社会道德形式的区别。前者是共时（concurrent）道德，后者是历时（conventional）道德。在历时道德中存在着行为一致因素，在共时道德中并无这种行为一致因素。当人们提出一种规范性主张，而又不将这种主张的社会行为一致性视为主张的基本根据时，这便是一种共时道德的表现。当人们提出规范主张且将其社会行为一致性作为主张的基本根据时，这便是一种历时道德的表现。如果一名朝圣者认为所有人都有义务在教堂脱帽，并且这种观点是因为社会上的主张及行为的一致性，那么我们看到的是一种历时道德的状态。如果有人认为不应说谎，而且，即使大多数人说谎他也如此认为，那么我们看到的则是共时道德的状态。[102]

就此而论，规则的内在方面理论至少没有说明素食论者以及共时道德状态中表现出的“义务模式”。

针对这一批评，哈特可以作出如此回应：素食论者及共时道德中的情形并不表明一种标准的、正确的“义务表现”方式，实际上，他们表现了这样一种要求，即由于存在极强的根据认为不应杀生或不应说谎，社会应当存在这样的规则。

但是，这种回应似乎并不符合实际情况。因为，素食论者及反对说谎的人极为可能认为人们从未有过杀生或说谎的权利，极为可能认为，尊重生命的道德义务的存在或不说谎的义务的存在才是这样规则存在的理由，而不是反之。换言之，在这些情况中，先有义务的存在，后有规则的存在，而不是先有规则的存在，后有义务的存在。

此外，在法律实践上似乎亦可发现先有规则后有义务的观点的错误。比如，根据哈特的理论，一名法官必须适用一项法律规则的义务来源于一项较高法律规则的义务规定。但是，人们可以提出这样的问题：为什么这名法官有义务遵守较高的法律规则？如果说因为这是宪法的规定，那么完全可以继续追问：为什么法官有义务服从宪法的规定？显然，这样追问下去，我们将不得不作出义务在根本上来源于社会规则以外的东西的结论。

这表明，某些义务甚至法律义务的存在，与规则的行为模式或规则没有关系。规则的内在方面理论不能解释这类义务的存在。

二、次要规则

哈特认为，规则的内在方面或曰行为主体的内在观点，决定了规则的存在。但是，许多规则如道德规则、礼仪规则、宗教规则等，其存在都具有“内在方面”。法律规则与其区别是什么？哈特指出，法律规则与非法律规则的区别在于前者包含着社会官员内在观点所接受的“次要规则”。就“规则行为的内在方面”而言，法律规则的存在尤其依赖社会中官员的“内在观点”，即官员对待规则的积极态度。从官员对规则的积极态度去审视，便可部分地清晰分辨法律规则和其他种类的规则，看出法律规则与其他规则的相互区别，看出其中包含了特殊的“次要规则”。

046　法律规则的种类

从表象上看，官员内在观点视域中的规则具有不同的种类。“一类规则人们可视为基本规则或主要规则，根据这类规则，人们必须为或不为某些行为而不论愿意与否。另一类规则在某种意义上从属于或辅助前一类规则，因为它们规定人们可以凭借做某些事或说某些言论的

方式采用新的主要规则，废除或修改旧的主要规则，或者以各种方式决定主要规则的影响范围或控制它的作用。前一类规则设定义务，后一类规则授予公共权力或个人权利。前者涉及人们的行为的活动或变化；后者具有不仅引起人们行为活动或变化，而且起到创立或改变责任或义务的作用。”[103] 换言之，“某些规则就其要求人们以某种方式行为（如纳税或不得使用暴力）而言具有命令性，它们不管人们愿意与否；而有些规则如那些规定结婚、立遗嘱和订立合同的程序、手续及条件的规则，说明人们为实现愿望必须做什么”2。

前一类规则叫作主要规则，后一类规则叫作次要规则。前者与义务有关，后者与权力或权利有关。

哈特以为，法律便是这样两种规则的结合，即主要义务规则和次要授权规则的结合。

047　三种次要授权规则

次要授权规则包含承认规则、改变规则和审判规则三种。

为说明三种次要规则的具体含义，以及它们如何与主要规则相结合，可以设想一个像原始社会那样的简单社会，其中只存在主要义务规则，如“要信守承诺”“不得谋杀”等。

不难发现，在这样一个社会里，主要义务规则至少存在三个不足：第一，人们容易对其内容是什么或其精确范围是什么产生疑问，比如，“要信守承诺”包括哪些内容？是否包括“全部履行”“依时履行”“在对方违约时依然履行”等内容？如果部分履行、因特殊情况推迟履行、或在对方违约时依然履行，是否属于信守承诺？经不治之症者同意而使其安乐死亡或者堕胎，是否属于谋杀？第二，其变化发展及取舍完全是习惯性的，人们在主观上无法控制（如果想要控制的

话），比如，如果想让人们接受安乐死，只能等待人们慢慢地改变习惯。第三，用其解决纠纷缺乏一个令人信服的稳定的权威，当人们因协议发生纠纷时，谁来解释说明“要信守承诺”的含义，谁来判定争议者的权利和义务?

显然，要使主要义务规则发挥有效的作用并使这样一个社会得到顺当的发展，就必须出现另外一些规则弥补这些不足。

首先，需要一类规则用以明确主要义务规则的内容及范围，它可以说明在何处可以发现“要信守承诺”规则和“不得谋杀”规则的具体内容和范围，说明这些义务规则的效力如何。这种需要的规则是哈特所说的“承认规则”。其次，需要一类规则控制主要义务规则的发展变化并用以确定取舍，当社会大多数人要求允许安乐死和堕胎时，需要这类规则来说明安乐死和堕胎何时有效；有时，当债权人想要豁免债务人的债务时，也需要这类规则来调整这样的权利放弃。这类需要的规则是哈特所说的“改变规则”。再次，需要一类规则确定一个权威以解决纠纷，如果某人违反了承诺或与他人发生纠纷，这便需要确定谁最终有权去认定是否违反了承诺，根据主要义务规则认定纠纷的责任。这类需要的规则是哈特所说的“审判规则”。

哈特认为，次要规则“可以被说成是与主要义务规则处于不同的层次上，因为它们都是关于主要规则的规则。在这点上，主要规则涉及个人必须做或不得做的行为，而次要规则涉及主要规则本身。次要规则说明主要规则可以最后被查明、采用、消除、改变的方式和违反主要规则的事实被查明的方式”[104]。

048　承认规则的作用及其存在方式

在次要规则中，承认规则是最重要的。因为，它可以回答法律是什么，可以确定某种渊源（如立法机关制定的规则或判例）是否为法

律的渊源，并对一个法律制度何时存在提供了一个标准。

哈特提醒人们注意，不能将承认规则的存在方式等同于常识一般理解的法律规则。常识一般理解的法律规则是权威机关制定的或以司法部门的判决方式出现的，而承认规则既可以是成文的，也可以是不成文的，它可以以各种表述方式存在于人们的日常实践中。例如，“凡是英国议会所颁布的就是法律”，“一个规则是一个法律制度的规则，当且仅当这个规则由立法机关颁布，或者来自立法机关颁布的规则”等表述，不一定是权威机关制定的或以司法部门的判决方式出现的，但它们的确是承认规则的一种表现形式。就规则的存在而言，其他规则作为法律规则而存在，一方面是因为人们具有的“内在观点”，另一方面便是因为承认规则自身所确立的标准。而承认规则作为法律规则而存在，则仅是因为人们所具有的“内在观点”。换言之，承认规则的法律性质的存在，仅仅因为官员和个人在确定何为法律时，必须以其作为确定的标准。因此，“承认规则仅仅是作为法院、官员和个人在依据某种标准确定法律时而从事的复杂但又正常一致的实践而存在的”[105]。

就存在方式而言，改变规则和审判规则与承认规则具有类似的地方。

049　次要规则的法理学意义

次要规则是以“法律的要素”的身份来展示法理学意义的。没有次要规则，主要义务规则便失去了法律的性质。运用次要规则的概念，哈特首先试图纠正分析法学的两个缺陷：（1）无法解释立法机构正常交替时某种法律的存在；（2）无法解释授权法律的非强制性。根据哈特的设想，正是通过实践中内在观点体现的次要规则的存在，立法机构的交替以及先前的法律才可延续有效。例如，当某个制定规则的主

体去世后，正是因为改变规则的存在，其制定的规则才继续有效，而且新的立法者才具有合法性。而授权法律如规定自愿立遗嘱的法律等本身就是不同于主要义务规则的规则，它们本身就是改变规则。这样规则的存在，使得主要义务规则设定的义务可以产生或消灭。它们当然不具有强制性。

其次，哈特希望解决分析法学与现实主义法学均无法解决的一个理论困难：如何判定某类人为立法者或法官那样的官员。分析法学以为，在法律的产生上，主权者也就是立法者。但是，为何说主权者是立法者？立法者的定义是什么？在分析法学的学说中，人们似乎只能得出一个不是结论的结论，或者一个循环定义：主权者因为立法了所以是立法者，立法者就是立法的人（如果认为主权者具有暴力所以是立法者，便会出现前面说过的“强暴者难题”）。显然，这种回答或定义是一种无可奈何的表现。哈特指出，主权者之所以成为立法者，是因为在人们具有“内在观点”的日常实践中存在着一种承认规则，这种规则授权、规定及说明了主权者是立法者。主权者成为立法者不是因为自身的缘故，而是因为自身以外的缘故。可以看出，依据承认规则这类次要规则的设立来说明立法者的性质，其解释力当然是分析法学的上述回答与定义无法比拟的。而现实主义法学在主张法律适用者所说所做的就是法律的同时，根本不谈用何种标准来确定何者为法律适用者。其实，在其理论中，似乎只能认为法律适用者就是在法院掌管判决的人。可以发现，如果说，因为人们在日常实践中以“内在观点”接受了一项审判规则，其中授权、规定并说明某类人如在某一地方负责适用义务规则即为法律适用者，所以这类人才是法律适用者，那么，在理论上人们似乎才能自圆其说。

第三，尤为重要的是，哈特希望避免分析法学的最为致命的一个弱点：无法说明为何主权者的要求可以成为法律，强暴者的要求不能成为法律。实际上，分析法学的“大多数人习惯服从”的概念，表明其

意识到在一个法律制度中，大多数人的态度与行为是至关重要的，如果这些人对规则不采取合作的态度与行为，法律制度的基础或实效便可能无从谈起。令人感到奇怪同时感到遗憾的是，分析法学并未从这种意识中得出一个类似包含“内在观点”的“承认规则”的概念，反而得出一个“制裁威吓”的命令概念。哈特以为，“习惯服从”的概念所描述的情形，实际上是“大多数人接受”的情形。正是大多数人接受了某种规则，并用其来确定其他规则的具体内容，所以，其他规则才取得了法律的效力。某种规则成为法律，或说具有法律的效力，与主权者的“制裁威吓”并无关联，而是由于大多数人接受的“承认规则”使然。当明白了承认规则的性质与表征，就会明白为何主权者的命令有时会成为法律，而强暴者的命令从来没有成为法律。

050　承认规则与法律性质（或效力）的来源

哈特相信，分析法学解释“为何某种要求是法律”或曰“为何某种要求具有法律性质（或效力）”这类问题的思路，是极为不可取的。实际上，这类问题应被视为一种有关“合法性”的问题，它们与“暴力”之类的东西完全分属不同的领域。依照“合法性”的思路，当问为何某种一般性的要求是法律或具有法律性质，回答是：因为它是立法者制定的。为何立法机关制定规则的行为具有法律性质？回答是：因为有种规则授权或承认其具有法律效力。这样，人们就会引出一个有点类似凯尔森（Hans Kelsen）的“基本规范”的基本规则，权且称为承认规则。当然，后者不像前者那样存在于纯粹的应然世界中，而且其本身亦不存在法律性质来源的问题。哈特乐观地认为，这一思路显然优于“以暴力为后盾”的思路，并且可以有效地解决为何主权者的要求可以而强暴者的要求不能成为法律。

主要义务规则的法律性质（或法律效力）来自承认规则，而承认规则的法律性质，来自大多数人或主要是“官方世界”的接受。换言

之，“接受”可以使承认规则这类规则具有法律性质。

凯尔森以为，只能用“基本规范的假设”来处理法律性质的最终来源。法律性质的最终渊源是基本规范，基本规范本身只能是康德（Immanuel Kant）式的“应然世界假设”。凯尔森如此之处理，是因为其深感对法律效力、法律义务、法律权利、法律权力的来源的连续追问，必然导致一个无法回答的终点。比如，如果认为一个法院判决的效力来自一个具体法律规则，那么后者的效力来自哪里？如果认为来自较为一般的法律规定，那么这一法律规定的效力来自哪里？如果认为这一法律规定的效力来自更为一般的法律规定，那么后者的效力来自哪里……如此追问，必然导致一个无法回答的终点。如果认为一个具体的法律义务来自一个具体法律的规则，那么人们便会问遵守这个具体法律规则的义务来自哪里。如果认为来自更高一层的法律规定，那么仍然可以问遵守更高一层法律规定的义务来自哪里……这里同样存在一个无法回答的终点。对于法律权利和权力来说，问题亦是如此。分析法学的处理方式是：法律性质的来源就是主权者的命令。这种方式的结果是无法使法律区别于强暴者的要求。凯尔森既想避免分析法学的结果，同时又想对此连续追问作出必要的回答，故而采用了假设的方法。

哈特知道类似基本规范的承认规则的法律性质来源问题是个棘手的问题，但其认为，假设的方法使法律性质来源的分析变得晦涩神秘，而且，“假设”本身等于承认任何假设（如像中世纪神学家假设法律性质来源于上帝的意志）都有理由存在。因此，哈特干脆用社会学的“接受”方式解决问题：承认规则的法律性质就是来自实践中的接受。如果要问这种接受为何使承认规则具有法律性质，那么，这等于在问作为所有公尺量度的“巴黎公尺线”为何具有标准性质。只能认为，“巴黎公尺线”的标准性质完全在于人们的接受，而不来自其他标准。因此，提问本身没有意义。

哈特希望，法律性质来源的分析最终能以“社会事实”作为起点，并以为，这样才能使法律要素的分析具有“现实”的基础。但是，可以看出，在推论的层面上，哈特的方法像凯尔森的“假设”一样，同时，也像分析法学的方式一样，并不具有充分的论证说服的性质。在此，似乎只能认为，它们都是“选择”了某个出发点：哈特选择了“接受”，凯尔森选择了“假设”，而分析法学选择了“暴力”。

051　区别法律制度与其他社会制度的要素

通过“官员的内在方面”所表现的事实，可以发现承认规则的存在；而通过承认规则的存在，便能发现法律是什么从而确定法律的效力。这是哈特用来区分法律制度和其他社会制度的基本手段。换言之，上述标准存在着区别法律制度和其他社会制度的基本要素。与边沁、奥斯丁的分析法学相类似，寻找一个基本的法律要素亦是哈特法律分析的一个基本目的。然而，不难发现，某些社会制度似乎具有哈特所述的类似结构。比如，在宗教制度中，可以发现宗教官员的内在观点，可以发现类似法律承认规则的用以确定宗教义务规则含义及范围的基本规则。在某些俱乐部组织中，也可看到类似的要素。哈特并未对此作出深入的说明。

为了区别法律制度与其他社会制度，人们首先会想到法律具有强制性。可是，宗教等制度同样具有强制性。有人以为，法律或政治国家在社会中享有的强制性具有垄断性，而且其他制度的强制运用须经法律的允诺。但是，在西方历史上可以发现，宗教制度中的强制有时不仅与法律强制并行不悖，无须政治国家的法律的允诺，而且从其自身角度来看，法律强制的运用倒应经过宗教制度的承认。此外，如果认为强制性是法律的独特性质，就难以避免前面多次分析过的法律命令说的种种困境。所以，有论者指出强制性似乎不能达到区别的目的。[106]

那么，能否认为，法律制度与其他制度的区别在于前者享有高于后者的独一无二的权威地位？可以发现，许多社会组织只有符合法律的规定才能存在。这是否意味着所有组织的合法性来自法律的承认？似乎不能这样认为。上述宗教组织的情形表明，从宗教角度观察的“合法”与否与法律的角度可以同样存在。在历史上以及在现代宗教国家中，均可找到法律的“合法”与否取决于宗教制度的承认的例子。因此，这种设想恐怕亦无法达到区别的目的。

有人认为，法律制度与其他制度的区别在于前者对于全社会成员具有约束力。可以看到，随着法律制度的发展，其约束的广度与深度越发令人叹为观止，它几乎已渗入人们生活的方方面面。但是，另有论者指出，似乎没有什么可以阻止其他制度实现同样的约束。其他制度只要愿意，其约束也可实现相当的广度与深度。[107]

一般来说，人们相信，像找出“理性”是人类独有的品质从而可以区别人类与其他生物一样，完全可以找出法律的独特品质以实现类似的区别。然而上述的努力似乎告诉人们这一目的不能实现。问题出在哪里？究竟是尚未找到法律的独特品质，还是这种探索方式本身就有问题？

有批评者指出，通过科学的发展，人们可以发现，以往的前科学观念仅仅适合于对世界实际构成方式的最初理解。以科学理论的发展为基础的观念，有可能修改或者替代它们。例如，有关水的前科学观念便是参考容易确认的物质实体的特性而形成的。水被设想为无色无味的液体。反之，无色无味的液体被认为是水。但是，后来的自然科学理论表明，这种观念严格说来是粗糙的、肤浅的，因为并不符合自然现实。科学告诉我们，具有同样分子结构的物质可以以不同的物理形式存在，同样物理形式的物质，可以具有不同的分子结构。这样，最初被认为是水的东西现在被理解为是由其他物质构成的，最初不被

认为是水的东西反而被理解为在某些重要的物理方面与水一致。因此，如果将法律现象视为一种经验研究的对象，就应意识到，法律具有的“显现”现象在其他事物中可能同样存在，其他事物具有的结构可能与法律是一致的。于是，找寻一种独特品质以区别法律现象和非法律现象的思路可能不会成功。[108]

不过，这种评论可能不完全正确。因为，实证分析法学可以将法律的“独特品质”理解为多种要素的组合，而不理解为一种特性。这样，通过对社会现象的观察，可以分析出功能的要素、结构的要素以及相应的人文要素（因为法律与人的作用不能分开），并将之组合起来。似乎能够认为，通过这种组合的特殊性，可以分辨作为人类规范的法律与其他规则。如果这种要素组合的方式仍不能达到区别的目的，那么，在科学的意义上就没有可能区别两种事物或现象。事实上，对于自然现象的区别与认识，有时便是通过要素的组合来把握的。实证的法学方法在这方面出现的问题也许没有想象的那样严重。

稍后（第053小节），我们将尝试继续探讨这个问题。在此只需明了，哈特的理论似乎未能实现分析法理学的“区别”目的。

052　法律适用者的实践与承认规则

从基本方面来看，哈特与分析法学一样，认为通过某种“出处”就可以发现法律的存在。分析法学将“出处”视为主权者发布命令的行为，哈特将其视为官员内在观点中的承认规则。像分析法学认为在任何法律实践中一定存在主权者的命令一样，哈特认为一定存在着承认规则，而且人们是用承认规则来确定法律的具体规则内容。

有学者指出，在法律实践中，至少在疑难案件中，官员以及一般公民时常并未像哈特所说的那样用承认规则来确定法律的内容。人们“无法揭示法律工作者为将法律标签贴在事实上而遵循的共同基本规

则，因为不存在这样的规则”[109]。在里格斯诉帕尔马案中，法律适用者根据普通法长期以来形成的“任何人不应从自己过错中获得利益”这一原则，作出了判决。在麦克劳夫林诉奥布雷恩案中，初审法院运用了普通法中的“疏忽行为者仅对自己可合理预见的伤害负责”的原则，上诉法院思考了某些制定法所蕴含的避免诉讼成本增加以及社会责任保险成本增加的“政策”，上议院思考了制定法以及判例中潜在的法律上平等对待的政治道德准则。这些法律适用机构在运用思考这些原则、政策和政治道德准则时，似乎同样认为是在运用法律。它们并未用承认规则来确定只有制定法及判例中的具体规则是法律。因此，法律实践中并不存在承认规则。

这里涉及一个问题：这些法律适用者适用的原则、政策或政治道德等准则能否视为法律？如果不能，则哈特的理论在整体上仍然可行；如果反之，则结果可能便是另外一种样子。批评者相信，如果认为制定法及判例中的具体规则是法律，就没有理由认为上述原则、政策及政治道德准则不是法律。因为：第一，法律适用者在法律适用中改变、撇开具体规则时有发生；第二，他们在法律适用中有时运用原则、政策及政治道德等准则，有时则不运用，这与运用具体规则的情形并无实质性的区别；第三，如果认为，法律适用者可运用也可不运用原则、政策及政治道德等准则这种情形表明这些准则不具有约束力，因而不是法律，则亦有理由认为，具体规则不具有约束力因而不是法律；第四，但人们并不因为他们有时改变、撇开具体规则，从而认为具体规则对其不具有约束力因而不是法律。

于是，没有理由否认上述被法律适用者适用的原则、政策及政治道德等准则具有约束力，从而是法律的一部分。“除非我们承认至少某些原则对法官是有约束力的，要求他们作出具体判决，否则便没有或几乎没有什么规则可以说成对他们是有约束力的。”[110]

哈特虽然原则上认为，在特定的法律制度中存在着基本的承认规则，但是又指出，“在发达的法律制度中，承认规则当然是复杂的。人们在确定规则时不是仅仅以条文或目录作为承认规则的根据，而是以某些主要规则所具有的一般表现特征作为承认规则的根据。这些表现特征也许是这些事实：主要规则已由特别机关颁布；长期实践习惯；与司法机关有某种关系。此外，当不止一个这样的一般表现特征被视为确定标准时，人们或许用优先次序的安排作出规定以解决它们之间可能的冲突，正如通常使习惯或判例的地位低于制定法而使后者成为法律的‘高一级渊源’”[111]。哈特的这一观念，一方面引起了后起的新分析实证法学内部的争论，另一方面亦被其中的某些学者用来回应上述批评。

赞同哈特理论者指出，即使承认法律适用者适用的原则、政策及政治道德准则是法律的一部分，人们同样可以通过观察“司法惯例”从而分析其中的哈特式的承认规则，[112]以确定某些原则、政策及政治道德准则是法律的一部分。如果许多法律适用者在一定时期之内将具体的原则、政策或政治道德准则作为法律来考虑，那么，这一司法惯例本身便表明存在着一个类似哈特承认规则的规则，这个规则同样具有“识别功能”的法律基本标准的性质。根据这一惯例，同样可以确定某些原则、政策、学说及道德观念不是法律的一部分。因此，司法惯例本身可以和承认规则一起形成一组具有“识别功能”的法律基本标准。[113]

但是，“司法惯例”本身似乎不能成为具有识别功能的基本标准。因为，法律适用者在适用上述一类原则、政策及政治道德准则时，正如素食论者提出“不得杀生以求食”一样，是以“主观规范性的要求”作为义务的根据。批评者指出，法律适用者适用上述原则、政策及政治道德准则，实际上是认为自己的义务来自社会规则或惯例以外的其

他“要求”。因此，就像不存在承认规则一样，不存在所谓的“司法惯例”。[114]

另有赞同者认为，批评者的观念可以纳入哈特的理论框架。人们可以区分两个层次的规则系统，哈特的承认规则属于第一层次，适用原则、政策及政治道德准则的“要求”属于第二层次。这就如同“凡主权者莱克斯所制定的即为法律”（承认规则）是第一层次，莱克斯所说的“所有纠纷按照正义要求来判决”是第二层次。只要在实践中发现法律适用者时常适用第二层次的“要求”，那么，便可认为他们接受了第一层次的承认规则。就那些原则、政策及政治道德与法律是相关的而言，“仅仅是因为这个基本的社会规则指导法官运用这种方法解决疑难案件”[115]。所以，不能否定哈特的承认规则。但是，批评者以为这种理论同样是在假设法律适用者可以具有一致的行为模式，假设法律适用者运用原则、政策及政治道德准则只能是基于社会规则的要求而产生的义务。

053　制定法及判例中蕴含的原则、政策及政治道德准则的形成机制及运用·承认规则

在批评者看来，法律适用者适用这些原则、政策及政治道德准则的义务有时来自社会规则以外的“要求”，其原因在另一方面与这些准则内容的形成机制有着密切联系。

可以发现，制定法与判例中的具体规则通常可以用查阅的方式来找寻，但是，许多原则、政策及政治道德准则不能用这种方式来确定，因为，它们可能从未被人们明确阐述过。在确定及阐述这类原则、政策及政治道德准则时，法律适用者是依据“规范性质”的要求进行推论或讨论。通常来看，原则、政策及政治道德准则不是以立法或判例的方式确立的，它们有时见诸判例或制定法的前言中，有时可以

从判例、制定法或宪法中推论出来，有时则可以直接来自政治道德理论。

在推论或讨论的过程中，法律适用者只能建立一个对审判有用的法律理论，用这一理论表明某一原则、政策或政治道德准则是其中的一部分，并表明该理论能证明已经确立的制定法及判例中的具体规则是正当的。这个理论包括有关法律具体规则和审判制度的学说，以及支持它们的政治道德理由。例如，在里格斯诉帕尔玛案中，法律适用者必须考虑什么原则是立法至高无上学说中的一部分，什么原则是前例优先学说的一部分，这些学说能否证明现存的制定法或判例中具体规则是正当的，同时，必须考虑作为其他合同法、侵权法甚至福利法等实体法的基础的政治道德理由是什么，并从中推论出相关的原则体系。[116]

事实上，确定某一原则、政策或政治道德准则是制定法及判例中所蕴含的，其标准是该原则、政策或政治道德准则构成了最完善的法律理论的一部分，这个理论又能够证明已确立的制定法及判例中的具体法律规则是正当的。“如果一个原则在最完善的法律理论里发挥了作用，这个理论又可以为一个法律制度中的明确的实体制度规则提供确证，那么，这个原则就是法律原则。”[117]

这一过程表明，法律适用者的推论是件十分困难的工作，他无法而且也不应用具有识别功能的“承认规则”、其他赞同者的“司法惯例”或第二层次的规则系统，来确定法律的具体内容，来区别哪些原则、政策及政治道德准则是法律的一部分，哪些不是。法律适用者必须深刻反省政治道德理论，这种反省是社会规则之外的“规范性质要求”的特殊义务。

但是，如果承认，确定某一原则、政策或政治道德准则是法律一部分的标准在于其构成了最完善的法律理论的一部分，而该理论又能

证明已确立的法律具体规则是正当的，那么，这本身亦可成为一个类似哈特承认规则的规则。因此，赞同者认为，批评者实际上不能避免哈特承认规则存在的结论。[118]“在承认规则和法律原则之间存在着一种关系。当然，这种关系不是直接的。规则所以是法律规则，是由于它们的出处；原则所以是法律原则，是因为它们发挥着与规则相联系的作用，这个作用是那些使用它们的人在合理化规则时赋予它们的作用。”[119]所以，同样可以认为承认规则对原则、政策及政治道德准则的有效性。

批评者相信，这种反驳仍然不能成立。因为，从这类原则等准则的特性上看，它们的适用较为灵活。一般而言，它们并不表明如符合规则条件将产生何种明确的法律后果，因而适用结果有时具有相对性、伸缩性甚至竞争性。例如，法律适用者在里格斯诉帕尔玛案中适用了“任何人不得从自己过错中获得利益”的原则，并不意味着永远不许从过错行为中获得利益，长期过错侵占，便有可能在某些情况下被允许获得一定的权利。同时，这类原则相对而言不像具体规则那样必须适用或者不得适用，法律适用者适用它们的条件本身就是选择性的。其适用的根据在于自身的分量，在适用中发生竞争时，法律适用者视其重要性来决定取舍。契约自由的原则在侵权纠纷中可能不被考虑，但在公平买卖的纠纷中可能被视为具有压倒分量而被适用。

在批评者看来，上述分析表明，原则等准则不允许也不可能用承认规则加以确定。承认规则对制定法及判例中具体规则的确立是有用的，但对原则等准则的确立不起作用。[120]

在哈特的理论中，能否用承认规则加以确定是区别法律与非法律的识别标准，承认规则也是法律的独特品质。在前面（第051小节）我们提到过，与边沁、奥斯丁的分析法学类似，哈特的法律分析的一个重要目的便是寻找法律的独特品质，并用此来“描述性”地区分法律

制度与非法律制度。但是，这一努力似乎忽略了人们适用“法律”一词方式的多样性，忽略了观察分析法律角度的多样性。而且，更为重要的是，在法律实践中，法律适用者有时是“推论式”地依照社会规则以外的“规范要求”来确定法律的内容，他们没有而且不能运用单一标准来区分法律与非法律。因此，无论是分析法学还是哈特的承认规则理论，似乎都不能实现区分的目的，即使用结构、功能要素组合的实证方法，同样不能解决问题。

054　法律的存在与官员

哈特认为，法律的存在或曰“法律制度的存在必须满足两个必要条件：第一，人们必须服从那些根据法律制度的最终效力标准而具有效力的行为规则；第二，官员必须实际上接受法律制度里说明法律效力标准的承认规则……作为共同的、公开的官方行为准则”[121]。但是，他极为强调，在某些情况下，即使社会大多数人没有服从主要义务规则，而仅有官员接受并适用承认规则，法律也是存在的。官员对承认规则的“内在观点”，即积极地接受并适用承认规则的实践与态度，是至关重要的。简言之，以官员为视点，准确理解“规则的内在方面”和两类规则的结合，便可把握理解法律或法律制度存在的要素的关键。

不难看出，实践中的“官员”的概念在哈特理论中具有至关重要的作用。就此而论，其与分析法学尤其是现实主义法学似乎并无二致。其实，在现当代大多数法律理论中，“官员”（或者“权力机构”）的观念具有基础性质的理论地位。这或许是法律实在无法与掌握权力的“官员”分割开来的缘故。哈特相信，法律最关键的基础在于官员的“内在观点”。通过官员的“内在观点”，可以发现用以确定法律的承认规则，而承认规则的发现则最终解决了法律的存在问题。

根据这一思路，可以设想一种官员逐渐改变承认规则的情形。在某个时期，英国上议院大法官开始决定不再适用英国国会的立法，而是适用美国的模范法典。长此以往，他们便会形成一种新的规则行为模式，而且，社会上的其他多数官员和一般人也会接受这一行为模式。在旧的有关承认规则的“内在观点”看来，上议院大法官开始这样当然是不合法的。然而，不论怎样，他们不断适用的结果会使旧的承认规则彻底改变。可以认为，在这种情形中上议院大法官这类的官员的确改变了承认规则。其实，在许多革命后的政府更替中，旧的承认规则正是在官员态度的转变中改变的。

这种分析表明，官员的态度似乎具有现实主义法学所说的最终性：决定了法律是什么。

当然，可以认为，哈特的理论在如下三方面不同于现实主义法学：第一，官员的“内在观点”表明，他们是将承认规则作为一种行为准则来对待的。当某名官员不运用绝大多数官员接受的承认规则，便会遭到谴责与批评。这本身便是以法律规则的存在作为前提的。第二，在一定的条件下，规则的含义具有无可争议的确定性，[122]并不是在任何条件下都可以无穷无尽地争论下去，并非每个官员自己所说的规则含义都有道理。第三，虽然承认规则在宏观上会因大多数官员的态度而改变，但是这种改变并不意味着承认规则毫无相对的稳定性，也不意味着这一规则在一段时期内对官员无法具有指导意义。

然而，在某种意义上的确可以发现，前者似乎部分地赞同了后者的观点。

此外，在官员的性质问题上，哈特以为虽然规则的确定依赖官员，但是官员的确定最终依赖承认规则以外的改变规则和审判规则。这一观点实质上暗含着这样的看法：法律存在的研究不能离开“官员”的分析与把握，而对于“官员”性质的深入研究，在理论的深层方面

必然导出改变规则和审判规则。在确定法律是什么的时候，要观察承认规则；在确定谁为官员的时候，则要观察改变规则和审判规则。虽然后两种规则与承认规则不能同日而语，但其像承认规则一样具有“法律的要素”的身份与作用。哈特曾这样论述三种次要规则之间的相互关系：在承认规则和改变规则之间，当后者存在时，前者必然依据立法行为作为规则的确定性特征。在承认规则和审判规则之间，如果法院有权对违反规则的事实作出权威性的判定，那么这也同样是对规则是什么的权威性判定。[123] 这是说，三种次要规则是同时存在的。

然而，哈特始终认为承认规则是决定一切规则法律性质的最终标准，于是，改变规则和审判规则的法律性质同样来源于承认规则。如此认为，似乎可能陷入类似现实主义法学可能遭遇的那种显然不妙的循环论证：两种规则的确定依赖承认规则，承认规则的确定依赖“官员”的行为实践，而官员的确定又依赖这两种规则。依此看来，哈特在分析法律存在与“官员”的关系时所呈现的效果，与现实主义法学具有类似的地方。

三、规则的确定性与模糊性

哈特以为，承认规则的意义是区别法律与非法律，在区别的同时，解决主要义务规则内容及范围上的模糊性问题。然而，有何理由认为承认规则本身并不存在这种模糊性？不难发现，承认规则也是语言构成的，语言这样或那样的模糊性似乎使承认规则有时同样具有内容及范围上的模糊性。比如，针对“凡是英国议会所颁布的就是法律”这项承认规则，人们可以问：“议会所颁布”的含义是什么？是否所有颁布的方式，包括皇室琐谈、时事议论等，都属于其含义？对这项承认规则，人们也无法否认其范围上的模糊性。前一议会颁布的内容是否对后一议会具有约束力？依此思路，更为严重的问题是：如果承认规则有时存在着内容及范围上的模糊性，那么，用其确认其他规则

的法律性质便会产生无法克服的困难，法律从而也会失去稳固的认识基础。其实，现实主义法学发难的出发点之一正在于此。

055　意思中心与开放结构

基于这种忧虑，哈特意识到阐明并解决规则的确定性与模糊性问题是十分必要的。他指出，构成规则的日常语言既有“意思中心”（core of meaning），也有“开放结构”（open texture）。“意思中心”是指语言的外延涵盖具有明确的中心区域。在此中心区域，人们不会就某物是否为一词所指之物产生争论。例如，“小汽车”“电车”“大卡车”属于“车辆”一词所指之物，这是十分容易确定的。人们不会争论这些车是否属于“车辆”。“开放结构”是指语言的外延涵盖具有不肯定的边缘区域。例如，“自行车”和“带轮滑板”是否属于“车辆”一词所指之物，就是难以确定的。人们对其是否属于“车辆”容易产生争论。当存在“开放结构”时，人们会争论语言的意思、内容或范围。

056　规则的确定性与模糊性

因为语言具有“意思中心”和“开放结构”，语言构成的规则既有确定性也有模糊性。在“意思中心”的区域内，人们不会争论《遗嘱法》规定的“遗嘱必须两个无利害关系人见证方为有效”及“遗嘱必须经遗嘱人签署才能生效”的含义是什么。当两个互不相识的精神状态正常的成年男子见证了遗嘱，人们会认为这种情况当然符合上述规定；当遗嘱人在遗嘱文件正式签署自己的真实姓名时，人们同样会认为当然符合上述规定。但在“开放结构”的区域内，人们会争论《遗嘱法》的这两条规定。如果一对夫妻见证了遗嘱，是否符合规定？这对夫妻虽与遗嘱内容没有利害关系，但能否因此视为“法律上的两个人”？如果遗嘱人用笔名签署，或别人用其手签署，或遗嘱人仅用名字的开头字母签

署，是否符合“签署”的规定？在这些情况中，《遗嘱法》两条规定的含义究竟是什么？[124]

哈特指出，必须看到规则意思的两重性。认为规则只具有确定性是错误的，偏激地只看到规则的模糊性同样是错的。而通过官员的“内在观点”所表现的事实，可以发现具有确定性的承认规则的存在；通过具有确定性的承认规则的存在，便能发现法律是什么。

057　“意思中心”·规则的存在·法律的客观性和普遍性

“意思中心”的概念，是以人们在某些情况下对语言所表达的某些意思不存在争议这一事实为基础的。哈特以此作为根据之一，试图抵御现实主义法学的规则怀疑论。

可以看出，规则怀疑论的语言学依据是：所有语言表达的含义都是允许争议的。如果这一依据可以成立，那么规则的存在与意义的确是要大打折扣。但是，仔细观察人们对日常语言的含义理解，似乎可以发现情况并非像规则怀疑论想象的那样糟糕。因为，语言本身的含义虽然在不同的语境中会有不同的理解，但在确定的语境中会有相同的理解。含义有时的确是没有争议的。否则，人们的相互理解与交流便是不可能的。由此，哈特一方面反对主张语言的词义在任何语境中都是同一的，另一方面反对主张语言的词义永远不确定。他极为强调，对确定语境中的意思中心熟视无睹，是一种极为偏执的心态表现。“法律规则可以具有一个无可争议的意思中心，在某些情况下，或许难以想象发生关于一个规则的意思的争议。”因此，否认规则的存在是没有意义的。[125]也因此，应该在规则的表现中而不是在个别官员的行动中，寻找法律的概念。

如果认为“规则的内在方面”是哈特法律概念学说的社会学基础，那么，“意思中心”则是其学说的语言学基础。在此可以清楚地发现，

哈特正是在这两个基础之上试图挽救被现实主义法学严重削弱的规则概念。“规则的内在方面”的存在，意味着法律适用者自觉地看待规则、接受规则，“意思中心”的存在，意味着法律适用者完全可以把握规则的确定性。在社会现实中，对这两方面都可以清晰地观察与分析，因为它们是实际存在的。而如果规则是可以发现的，那么，法律便具有普遍性和确定性，便不存在于个别官员的神秘行动中。

运用阐释学理论来看，分析法学认为，白纸黑字的规则这一“本文”是由主权者“作者”创作的，其意义决定于作者，与作为“读者”的法律适用者及一般大众并无关系，因而，法律的客观性和普遍适用性是存在的。现实主义法学认为，法律的意义决定于作为“读者”的法律适用者，而且法律适用者各有不同，这样，法律的客观性和普遍适用性是不存在的。哈特的理论，拒绝了分析法学作者本文统一式的决定论，像现实主义法学一样主张了读者决定论。但是，在主张读者决定论的同时，这一理论又避免了现实主义规则虚无的消极结论。换言之，法律的意义存在于读者之中，但语言有意思中心，而且读者有着内在观点（规则的内在方面），于是，法律的客观性和普遍适用性在新的层次上，仍然存在。

058　“意思中心”与法律适用者的争议

哈特的语言学理论暗含这样一个概念：当存在意思中心时，不会发生有关法律具体内容或法律整体概念的争论。这些争论仅与“开放结构”有关。

试举例分析。假设某规则规定，禁止在公园内停放车辆，且公园内禁止车辆通行。在这一规则的意思中心，如汽车、卡车、小轿车等，都属禁止之列。但是在其“开放结构”的地方，自行车、四轮手推车是否属于禁止之列便不清楚了。人们可以就该规则是否可适用于自

行车和四轮车进行争论。但就汽车、卡车和小轿车而言，人们不会进行争论。

然而，有时在这一规则的意思中心，同样会出现争论，他们会争论某些汽车是否属于禁止之列。假设在公园内有一病人需要急救，救护车是否可以进入公园？在公园内出现了火情，消防车是否可以进入公园？人们不会争论救护车、消防车是否为车辆，但会争论根据规则它们是否当属禁止之列。有人会认为，应该允许救护车和消防车进入公园救人或灭火，因为这是特殊情况；有人会认为，不应允许，因为规则规定禁止车辆进入，救人救火是应该的，但可以采用人工或其他的方式，并不一定要违反规则让这些车辆进入，严格遵守规则是颇为重要的。

因此，某些法律争论与语言问题没有关系。其实，在前第017小节，我们可以看到法律适用者适用了颇能引起争论的原则、政策及政治道德准则。在麦克劳夫林诉奥布雷恩案中，初审法院适用了普通法中蕴含的原则，上诉法院适用了与之不同的各类“政策”，而上议院的某些大法官更具争论性地主张适用法律平等的政治道德准则。这些法律适用机构对适用原则、政策及政治道德准则都有不同的看法，他们会争论应该适用何种才会更为适合判例中的具体规则。但这些争论与语言的模糊不清没有关系。在这些争论中，法律适用者都认为涉及的语言是清楚的，然而却要争论法律的内容是什么。[126]

如果语言的“意思中心”不能确保规则的确定性，那么，哈特希望在此基础上确定承认规则，并用承认规则确定法律的存在，便会遇到相当程度的障碍。

四、法律与道德的分野

虽然抛弃了分析法学的法律命令说，批判了现实主义法学的规则怀疑论，但是，哈特接受了两者的实证主义的基本立场：法律与道德的分野。

分析法学以为："恶法亦法。"根据这一观点，无论法律怎样与人们的愿望背道而驰，甚至剥夺人们的基本生存条件，人们都不能否认法律的性质与地位。在逻辑上，只要承认法律与道德没有必然联系，这一结论便是无法拒绝的。然而，在实践上，即使承认法律与道德没有必然联系，有时似乎也难以接受分析法学的上述结论。

在社会中，人们的价值观念各有所异，在某些方面的确难以确定谁是谁非。像是否应当允许"堕胎""安乐死"等问题，在一定时期人们可以毫无结论地争论下去，人们无法对判断这些问题的是非标准达成共识。如果规则规定允许"堕胎""安乐死"，依照分析法学的观点，将其称为法律是可以接受的。但是，有时人们价值观念的"是非"异常明确，人们对某些问题的是非标准认同一致。像是否应当允许"随意伤害、杀害他人"的问题，显然不存在可以争论下去的任何理由。如果规则规定允许"随意伤害、杀害他人"，再根据分析法学的主张将其视为法律，这会使任何人都无法接受。在此，人们将不得不怀疑其法律性质与地位。

正是部分出于这样的考虑，哈特在赞同法律与道德分野的同时，又主张法律应具备最低限度内容的自然法。

059　最低限度内容的自然法

哈特认为，最低限度内容的自然法包括这样一些规则：禁止使用暴力剥夺他人生命、伤害他人肌体，要求相互容忍和妥协的义务，要求有限的利他行为，保护产权的合理配置，制裁破坏规则的行为。"对某些十分明显的涉及人性及生活世界的概括（的确是自明之理）的反

思表明：只要这些保持善的性质，就存在某些行为规则，而任何社会组织如果打算生存下去便必须具有这些行为规则。在所有发展到法律和道德被区别为不同的社会控制形式这个阶段的社会中，这些规则，事实上的确构成了这些法律和道德的共同内容。”[127]

从理论的框架上看，分析法学主张法律的命令说，并以为主权者发布任何命令以约束被统治者都是不足为怪的。这样，认为法律与道德没有任何联系并主张法律可以不顾最低限度内容的“自然法”，便势必成为这一理论框架的一个结论。而哈特以为“规则的内在方面”是法律存在的必要条件，没有人们的内在观点，规则以及法律便是不存在的。内在观点自然是以某种基本道德观念为基础的，人们具有内在观点是因为最低限度内容的自然法在规则中获得了肯定。于是，认为法律应具有最低限度内容的自然法，在哈特的法律概念理论中，便是具有另一基石作用的必要陈述。正是因为如此，我们看到，哈特在阐释最低限度自然法内容的同时又极力宣称：“如果一个规则制度打算将强制力强加给任何人，那么自愿接受这个制度的人员的确必须达到充分的数量。没有他们的自愿合作从而创立权威，法律的强制力和管理便不可能确立。”[128]

可以看出，如果认为法律是主权者的命令，内在观点以及大量持有内在观点的人的存在便无须讨论，法律是否应具备道德上的基本条件，更无须探讨；反之，如果认为法律是两类规则的结合，而且规则的存在依赖人们的内在观点，则持有内在观点的人的数量就是颇为重要的一个问题，而法律应符合部分的道德基本要求，便成为不能回避的逻辑结论。所以，哈特在分析最低限度自然法内容的同时又继续强调：“一个法律社会包含了一些人，这些人从内在观点将规则视为被接受的行为准则，而不仅仅将规则视为可以依靠的预言（根据这种预言他们可以知道，如果违反则在官员手中会有什么结果落在他们身上）。但是，一个法律社会也包括另一些人，对于那些人，行为准则

要么因为他们是犯罪分子，要么因为他们仅仅是法律制度中无依无靠的受害者而必须强加强制力或强制力的威吓；他们仅仅将规则作为可能惩罚的渊源而关心规则。这两部分人之间的平衡将决定于许多不同的因素。如果这个制度是公正的，真正迎合了所有那些它要求服从的人的重要利益，那么它可以常常得到并保持大多数人的忠诚，并因此而稳定。另一方面，它可能是狭隘的、排他的，为统治集团而运作的制度，它也许由于潜在的动乱危险而不断地变为更加压制从而更加不稳定。”[129]

060　广义的法律观念和狭义的法律观念

在基本面上，哈特主张法律与道德分开的理由，主要在于广义的法律观念优于狭义的法律观念。

广义法律观念的基本含义是指不使用道德观念判断法律的存在与否，狭义的法律概念则反之。哈特以为，从理论上看，采用狭义的法律概念，对科学地研究作为社会现象的法律没有益处，因为这只能诱使人们对具有法律资格的规则视而不见。在历史上，人们并未看到狭义的法律概念具有何种理论价值。从实践上看，采用狭义的法律概念，并非像人们想象的那样可以对邪恶的法律进行积极而有效的抵制。因为，“在面对官方滥用权力时，为了保持头脑清醒，最为重要的是应保持一种判断力：某种法律上有效的资格对遵守问题不是决定性的。无论官方制度可能具有多大的气势或权力，其要求最终必须服从道德的审查。毫无疑问，那些习惯于认为法律可能是邪恶的人，而非那些认为无论在哪里只要是邪恶的便不具有法律地位的人，才更为可能具有能力判断在官方制度之外存在某种东西。而根据这种判断力，个人必须解决自己是否遵守法律的问题”[130]。在理论和实践两个层面上，广义法律观念胜过狭义法律观念。

061　法律与道德在事实上和概念上的联系

一方面认为法律应具有最低限度内容的自然法，另一方面认为广义的法律观念优于狭义的，从而法律与道德不存在必然的联系，这是否包含着一个矛盾?

这一问题涉及对“内在观点”的详尽分析。哈特指出：“不仅大多数人可能被他们并不视为在道德上有约束力的法律所强制这种状况是不真实的，而且，那些的确自愿接受这个制度的人必定将他们自己设想为道德上必须这样做这种状况也是不真实的，尽管其这样做时法律制度可能是最稳定的。其实，他们忠实于这个制度也许是以不同的考虑为依据的，如对长期利益深思熟虑，无私关心他人，对事物具有不加反省的固有的或传统的态度，或者仅仅希望像别人那样实施行为。”[131] 换言之，对法律的内在观点并不意味着对法律的道德观点。“那些接受法律制度的权威的人从内在观点看待这个权威，用包含于对法律和道德而言都普遍的规范语言［“我（你）应当”“我（他）必须”“我（他们）有义务］之中的内在陈述表达他们对制度要求的感受。但是，他们并不因此信奉一个道德判断，即按法律要求去实施行为在道德上是正确的。”[132]

哈特的意思可作两方面的理解。第一，“法律应具有最低限度内容的自然法”与“法律的存在依赖于人们内在观点的存在”这两种陈述，是一个问题的两个方面。规则以及法律的存在的必要条件是内在观点的存在，没有内在观点，便不能说某种“要求”（如“不得盗窃他人财物”）是规则，更不能将其视为法律。如果某个“要求”不具有最低限度内容的自然法，人们对其显然无法具有内在观点。所以，只有具备最低限度内容的自然法，人们才可能表达对“要求”的内在观点。也可以说，最低限度内容的自然法是内在观点存在的必要条件。如果问：“不具有最低限度内容自然法的规则能否称为法律？”“对其能否拒绝或者

反抗？”那么我们首先应该意识到，提问本身就是不恰当的。因为，没有最低限度内容的自然法，便没有内在观点，没有后者便没有规则。如此怎能问某种规则能否称为法律？怎能问能否拒绝或者反抗？第二，人们对最低限度内容的自然法的认同，以及因此而具有的内在观点，并不意味着人们从而具有道德上的要求。因为认同的动机和内在观点产生的依据有时与道德要求并无必然的联系。

由此来看，似乎不能认为存在着矛盾。

那么，哈特的广义法律观念优于狭义法律观念的概念，是否承认了法律和道德事实上存在着某种联系？的确如此。哈特以及其他实证主义者其实并不否定这种联系。因为，可以发现，在法律制定和法律解释的过程中，使道德准则成为法律的一部分完全是可能的。在美国宪法第五条修正案中就有这样的规定：“未经正当程序，……不得剥夺任何人的生命、自由和财产。”“正当”本身就是一种道德准则。而且在解释何为“正当”时，我们仍需更深层的道德准则。在这里，法律与道德的确存在着事实上的密切联系。这种例子不胜枚举。

然而，这类例子并不说明法律与道德的联系是必然的。可以设想，美国的立法者可以将这条修正案再修正或撤销，这种做法并非不可能。没人会认为，任何宪法都必须具有“正当程序条款”的规定，否则便不能称为宪法。所以，哈特主张的法律与道德分开的观点，是就法律概念上的两者的必然联系而言。

062　道德选择的困境与两种法律观念

哈特主张广义法律观念的理由有两个：理论研究的便利，道德选择的慎重。我们先探讨后一个。

众所周知，柏拉图的对话录《克里同》里描述了苏格拉底誓死不越狱的经历。由于传授对诸神不敬的学问，苏格拉底被控腐化雅典青年之罪并被判处死刑。在临刑前，其学生克里同借探望之机极力劝导苏格拉底越狱，并说明了各种越狱的理由。克里同以为，雅典的法律是不公正的，正因为其不公正故没有遵守的义务。但是，苏格拉底却问：越狱是否正当？有无一种服从法律的义务？他以为，对于被判有罪的人来说，即使确信对其指控是不公正的，其也不能认为逃避法律的制裁一定正当。[133] 历史记载，苏格拉底经过慎重选择后饮毒而死。按照极端的自然法观点，苏格拉底当然有理由不服从雅典的法律，因为这种法律不公正从而不具有法律的资格与效力。苏格拉底有理由而且应当越狱而走。按照某些实证法学如分析法学的观点，苏格拉底没有理由违抗雅典的法律，人们即使认为法律是不公正的，也有服从法律的义务，因为不公正的法律也有法律的资格与效力，如果可以违反法律，社会秩序便会受到威胁。而且，愿意在一特定社会中居住这一行为本身，就意味着愿意遵守该社会的法律，如果不遵守便是“道义上的”自相矛盾。[134] 可以看出，两种观点都自有道理。所以，在此苏格拉底面临的是一种道德选择的困境。

但是，有些道德选择的困境似乎要比苏格拉底面临的困境更为严峻。比如，战后德国法院遇到的告密者案件，便使法院面临着极为艰难的道德选择：要么抛弃罪刑法定这一法治原则，要么抛弃公平正义这一基本道德。在告密者案件中，告密者为了自私目的而向纳粹德国机构告发了违反纳粹法律的某些人士，并使这些人士遭受了纳粹法律的摧残。从法律上来看，告密者行为是合法的。从道德上来看，其行为是可憎的。西德法院在审判告密者时，如果因其行为符合当时法律规定从而宣布无罪，那么便违背了基本正义的要求，如果因其行为违反正义从而认定其有罪，那么便是溯及既往地适用法律，从而破坏了罪刑法定这一法治原则。显然，基本正义和法治原则对于人类来说都是至关重要的。有何理由选择其一而抛弃另一个？

可以发现，后一选择困境要比前一选择困境更为严峻的地方在于：后者是官员的困境，前者是个人的困境。对于社会来说，官员选择的结果是个人无法比拟的。因此，哈特以为，对于选择困境的问题，首先应该确定其是哪一类的哪一层次的困境。这样，才能作出更为明智、更为有意义的选择。而欲对选择困境有一个清楚的观照，便必须具有广义的法律观念，必须知道法律有好坏之分。上述选择困境“引起的道德难题与正义难题是十分不同的，我们需要对之加以分别考虑，而断然拒绝承认恶法是有效的法律，无论出于何种目的，是不可能解决这些难题的”[135]。

但是，何者更为严峻的问题，从不同角度来看似乎可以得出不同结论。之所以认为面对告密者案件的法院的选择困境更为严峻，是因为选择了社会的观察角度。如果选择个人的观察角度，便有可能得出两者同样严峻甚至后者要比前者更为严峻的结论。这样，选择的结果都可以具有道德困境的普遍性。就此而论，似乎不能认为广义的法律观念要比狭义的法律观念更能使人理智。在苏格拉底的困境中，苏格拉底的实际选择并不一定要比运用狭义观念选择越狱，显得更为理智。

另一方面，如果仅仅关注选择的严峻性，有时就像告密者自己选择了遵守邪恶的纳粹法律一样，最终便会可能在实践中选择一般人们视为邪恶的结果。而一般人们视为邪恶的结果，无论如何是不能被接受的，选择这种结果在任何方面都不能看作一种理智的表现。于是，有时只有选择狭义的法律概念，才能根本避免邪恶选择的结果。对于某些极端的、邪恶的结果，“如何避免”似乎要比“如何选择”更为重要。在特定的历史文化背景中，当人们对某种邪恶具有较为一致的态度时，尤其如此。

至此，可以看出，如果某些道德选择是一种困境，广义与狭义的法律观念的选择同样是一种困境。选择广义的法律观念，当然可以具有哈特所希望的结果，然而也可能带来另一种就连哈特也不希望出现的结果，即极端邪恶的结果；选择狭义的法律观念，尽管可以直接拒绝极端邪恶的结果，但是却会导致社会行为的鲁莽与无序。因此，似乎没有坚实的理由认为哈特的意见更为可取。

063　法律理论的研究

哈特主张广义法律观念的另一理由是理论研究的便利。在哈特看来，将法律当作一种社会现象，这是法律研究的基本出发点。就像自然科学研究自然现象一样，法律科学同样可以客观地、中立地研究法律现象。如果想要客观地、中立地研究法律现象，研究它的一般特征及性质，研究它的结构与功能，研究者就必须不受价值观念、价值判断的影响。假如根据价值判断将不公正的邪恶的法律排除在法律现象范围之外，势必与人们长期形成的科学思维方式、研究方式大相径庭，而且，会使法律科学的研究出现畸形的结果。当我们将人作为一种科学的研究对象时，我们会将各种各样的人列入“人”的范畴。如果认为“邪恶的”人、“缺乏人性的”人、“没有理性的”人不应列入“人”的范畴，这种观念显然将被视为莫名其妙的观念而遭拒绝。事实上，在科学的历史发展中，人们似乎从未将“负面的显现”视为否定某事物范畴归属的必要依据。

但是，这里存在一个问题：在实践中，实践主体不仅时常具有欲望、利益、需要，而且有时具有极强的责任感。从社会文化的角度来看，实践主体不仅具有前在的“主观知识”，而且始终处于特定文化语境之中。如果是这样，他能否“科学地”、冷静地、客观地观察他人与社会？其实，不难看出，正是由于实践主体具有欲望、利益、需要或责任感，具有前在的“主观知识”并处于特定的文化语境中，他才会将

某些“缺乏人性的”人排除在“人”的范畴之外。对于法律现象，情况可能更是如此。法律不仅对实践者而且对理论者都有权利的授予与义务的约束。面对法律的许可与约束，人们并不可能客观地、中立地用哈特式的法律一般概念看待法律问题，分析法律问题。

哈特希望保留自分析法学以来的作为一般科学的法律科学的意义与价值，以及以往一切试图将法理学变为自然科学式知识的努力的意义与价值。在此可以初步看到，这种希望，可能并不导致对法律现象的真实把握。换言之，理论研究的便利并不一定带来理论研究的实践意义，法律研究模拟自然科学的范式不一定获得同样的实践成效。因为，在某种意义上，法律实践中的主体要比标准意义的自然科学家来得更为复杂。就此而论，广义的法律观念不一定具有哈特想象的那种意义。

哈特会以为，理论中的法律概念与实践中的法律观念是不同的，即使实践者可以具有不同的概念，这也不意味着理论中的概念毫无意义。在下一章，我们将分析一种更为具有挑战性的法律理论，它说明，理论中的概念是如何与实践中的概念统一的。当思考这一理论之后，便会发现哈特的这一回应似乎是没有说服力的。广义的法律观念，肯定有其局限性。

五、法学是一种客观的法律知识

主张法学是一种客观的法律知识，是主张法律与道德分开的逻辑延续。

像边沁主张法理学的首要任务在于建立“说明性”的法学知识一样，哈特以为，法理学的研究，首先应该成功地建立一个“描述性”的法学知识。他将法律概念的研究视为社会学式的分析，通过日常语言

正常用法的“视窗”，分辨客观存在的法律现象。[136]他相信，通过这种分辨可以把握作为社会现象的法律要素，从而建构一个“描述性”的法律概念。规则意思中心的存在，官员的内在观点的存在，承认规则的存在，便是建构描述性法律概念的“社会现象”。哈特说：“承认规则的存在……是一个事实问题”[137]；“承认规则是否存在，其内容是什么，在一个特定法律制度中效力标准是什么，这些问题……被视为尽管复杂但属于经验的事实问题”[138]。在这些社会现象中，既可以在一般意义上知道“作为科学的法律概念是什么”，又可以在具体意义上知道“具体内容的法律规定是什么”。

从这些方面来看，哈特与分析法学在基本思路上是一致的。

在第二章我们看到，现实主义法学的规则怀疑论使其法律知识论似乎变得没有意义。这种法学的要害在于否定法律“一般规范”的意义。法律仅具有具体性，而无普遍性。于是，人们当然只能知道一般意义的法律概念，而无法知道法律规则的具体内容。哈特运用“语言的意思中心”，化解了现实主义毫无节制的“开放结构”，其积极结果在于肯定法律“一般规范”的意义。因此，人们不仅可以知道法律的一般概念，而且可以知道法律的具体内容。

064　日常语言的正常用法

凯尔森曾经说过，法律定义的出发点是“法律”一词的通常用法。[139]与凯尔森类似，哈特认为，法律分析的出发点是对与规则有关的日常语言正常用法的分析。因此，在建立一般性法律知识时，哈特将日常语言的分析作为切入点。他深信，阐明社会状态、社会关系及其内在的各类现象的最佳策略，便是考察相关语言表述的正常运用。

在日常语言中，可以发现许多与社会规则有关的语词陈述：“我迫不得已才这样做”，“我有义务这样做”，“这个规则是有效力的法律规

则”，“你这样做是错误的”，“我发现在这个社会中人们遵守着一个规则”，“红灯亮时闯过线是错误的”，“我看到红灯亮时那人停车了”……如果这些语词陈述表达了对社会规则的态度或看法，那么，其中哪些才是与法律存在有关的正常用法?

哈特指出，其中一类（如“我有义务这样做”）可以视为“内在陈述”。这种陈述是与法律存在有关的正常用法。因为从中可以看到陈述者与法律具有一定的关系，陈述者在作出陈述时，将规则视为自己行为的指导，或视为评价他人行为的理由根据，对规则具有一个积极的反省态度。另一类陈述可以视为“外在陈述”，它不是与法律存在有关的正常用法。因为，这类陈述要么不能区别于“强暴情形”中的用语（如“我被迫这样做”），要么看不到陈述者与法律有关系（如“我看到红灯亮时那人停车了”），陈述者作出陈述时，对规则并不具有一个积极的反省态度。“如果不明了两类不同陈述的这种关键区别，便无法理解法律，也无法理解其他社会结构……只要人们遵守或观察社会规则就会作出这些陈述。”[140] 这表明，在语言层面上，分析法学和现实主义法学没有注意法律语境中陈述的正常用法。

但是，当有人说“我被迫做什么”的时候，这一陈述虽然难以区别于“强暴情形”中的陈述，但的确表明陈述者和法律有着密切关系。比如，“我被迫交税”，“在法院判决后，我只好将争议的房屋交给原告，其实我认为法院的判决是错误的，我也不愿意执行法院的判决，但不执行的话法院会强制我的”等一类的语言陈述，都表明陈述者和法律有关系。似乎不能认为它们不是与法律有关的正常陈述。其实，即使从官员的语言表现上也可发现类似的陈述：“我不这样判决的话，上级法院就会改判，这样对我很不利”。就此而言，好像不能认为分析法学和现实主义法学是完全错误的。在社会中，毕竟有些人服从法律是因为被迫的原因，因为法律不符合他的利益、愿望或要求。不能认为，这类陈述的观点没有说明部分的社会现象。因此，人们可以争论什么用

法才是与法律有关的正常用法。如果可以争论，那么，对正常用法的不同理解将导致对法律现象的不同观察，从而得出不同的法律知识的结论。

另一方面，在前面第 058小节讨论语言的意思中心和开放结构时，我们看到，某些法律争论与语言的正常用法没有关系。如果一项规则规定“禁止在公园内停放车辆，公园内禁止车辆通行”，即使人们知道“车辆”一词的正常用法，将救护车、救火车都视为车辆，人们也会争论法律内容是什么，争论根据规则救护车和救火车是否可以进入公园。在此，正常用法似乎不能用作理解社会现象的“视窗”，从而实现获得法律知识的目的。

065 “出处”“形式”“结构”“目的”

哈特相信语言陈述是“视窗”。从此“视窗”入手，可以“社会学地”窥视陈述者的主观意念，观察实际存在的社会现象，从中分析法律的知识。

为了“客观”确定法律一般的和具体的知识，一般实证分析法学以为必须要以规则的“出处”“形式”“结构”这些可以经验观察的社会现象为依据。通过这些社会现象的要素，便可知道法律的范围，从而知道法律的具体内容。而法律的目的不是一个可以经验观察的现象，相反，像法律的具体内容一样，它是在法律确定之后的一个认识结果。因此，目的不能作为分析法律概念的要素。哈特的理论与此一致。

有论者以为，与“出处”“形式”“结构”类似，“目的”同样是法律概念的一个必要条件。认识某物，不仅要思考它的出处、形式和结构，而且要思考它的目的。比如认识桌子，不仅要了解它是如何做成的，它的形式和结构是什么，而且要了解它可以用来干什么。否则，便不能更好地理解桌子，知道桌子实际上是什么。同样，人们不仅要认识

法律的出处、形式和结构，而且要知道法律的目的，否则只能对法律产生一个偏面的认识。因此，不能将法律的目的内容弃之不顾，也因此，在回答法律是什么的时候，不能回避法律应当是什么，在界定法律的概念时，不能抛弃“应然”的标准。[141]

如何看待这一批评？一般来说，在思考桌子的性质时，人们都会考虑其应有的用途，即制造它的目的。对桌子的理解总会是从“结构”到“用途”，从“用途”到“结构”。否则，对桌子的理解便是不全面的。但是对于曾被认为是桌子的物品，如果其失去了用途的功能，如无法在上面书写或放置他物，或者被用于其他人类的目的如睡觉，是否的确没有理由认为它是桌子？通常来看，如果该物品仍保持原有的特定形式与结构，人们不会否认其桌子的“资格”或品质。人们可能认为：该物是个破桌子，该物是个桌子但被当作床了。换言之，我们一般不会因为桌子的实际用途失效或被改变从而否定它是桌子。

根据这种分析，似乎可以认为，对于实证法学而言这一批评是不恰当的。

但是，应该注意，这一回应是在一个假定前提之下展开的：观察者和研究者被设定为没有特定的文化背景，而且，他们与被解释的对象并无实践上的关联。这便是，不论对桌子做何解释，解释结果似乎均不具有特定的文化背景的印记，而且，解释者均不会因此而负何种责任。如果解释者具有特定的文化背景，而且对解释结果应负一定的责任，人们便可发现，当对上述桌子问题再进行探讨时，解释者自然会带有自己的“目的”来理解桌子的“目的”，会提出各种实践上的理由支持自己的解释结论。这样，他也许会认为，无法在其上面书写或放置他物的物品或被用作睡觉的物品，不能称为桌子，而应称作废品或“床”。因为，这种解释结果与其具有的文化背景是颇为协调的，而且，符合社会对其责任的要求。

如果“目的”可以像出处、形式和结构那样，成为分析法律的定义条件之一，那么，其确定似乎的确不能摆脱观察者研究者自己对“目的内容”的理解与向往。当分析法学将主权者发布命令当作制定法产生的“出处”，哈特将官员的内在观点和承认规则当作制定法及判例法产生的“出处”，它们完全可以客观地中立地陈述自己的观察与研究，不论怎样不喜欢其中的目的内容，它们都会承认这些规则因其具有某种“出处”而具有的法律资格。但是，如果观察者说这些规则的目的必须是能够有效地管理人们在某方面的行为，否则它便不能称为法律，那么，这种陈述就包含了观察者自己对规则目的的价值理解与向往。显然，可以发现，观察者与研究者通常不会认为毫无价值的目的也可成为法律的目的。假设有人认为法律规则的目的仅在于“观赏与游戏”，实证法学不会因此而否定其法律的资格，但上述论者便会坚决地否认，因为这种目的毫无意义。由此可以看出，倘若这种目的论成立，则实证法学的经验的、客观的、中立的观察研究的意愿便会落空。

这种分析表明，似乎有理由怀疑经验主义的实证法学理论的恰当性。解释对象是人们自己设立的法律现象，而解释者又生活在法律现象这个对象之中，这样，在实践中探讨法律现象怎么可能没有解释者的目的？如果承认，每个观察者研究者都无法摆脱特定文化背景的影响，都处在对象之中解释对象，怎么可能获得一个不受自身文化背景影响的实证的法律概念？这样看来，哈特的法律概念理论在认识论的层面上亦需重新审视。不仅一般的法律知识，而且具体的法律知识，都可能是在解释者特定的文化解释中形成的。

六、小　结

哈特的理论将“规则的内在方面”“次要规则”“规则的确定中心”，作为法律本体论的三个要素。法律，存在于官员行为模式“内在方

面”展示的次要规则之一的“承认规则”之中，因为承认规则具有确定的意思中心，所以可以存在明确规则内容的法律。一言以蔽之，法律存在于官员的统一实践中。

就“规则的内在方面”而论，其以如下事实为根据：社会中存在着对规则行为模式的积极反省态度。这一概念具有如下功效：第一，可以说明大多数法律适用者的积极义务；第二，可以说明具有正面心态的一般行为者如何自愿而非被迫地遵守法律；第三，可以说明法律权力或权利的运用如何与强制没有关系。其核心目的在于说明，法律要求与强暴者要求是不同的。

就“次要规则”而论，其具有三个意义：配合“规则的内在方面”说明法律权力或权利的存在，这是其一；其二，表明为何某类人可以成为至关重要的官员；其三，区别法律与非法律。这一概念试图展示，在没有“强制”的情形下法律如何不同于其他社会规则。

就“规则的确定中心”而论，其以日常语言有时不存在争议为根据。它表明，法律规则存在着确定性。这一概念，目的在于淡化现实主义的规则怀疑论，挽救法律的“普遍规范性”和“明确性”的观念。

但是，正因为以某些社会现象为依据，“规则的内在方面”的概念从而不能说明，为何某些义务的要求与社会行为模式或规则的存在没有关系，不能说明，某些行为者遵守法律的确是被迫的；次要规则的概念，尤其是其中承认规则的概念，至少不能解释某些法律的内容，如制定法及判例中蕴含的原则、政策及政治道德准则的形成机制和运用；规则的意思确定中心的概念，不能说明某些与语言是否清楚这一问题无关的法律争论。

从价值论的角度来看，哈特主张法律应当存在最低限度的自然法内容。这在暗示，“规则的内在方面”是以此为必要条件的。然而，最

低限度内容的自然法的概念，并未妨碍哈特主张法律与道德的分野。在其理论中，广义的法律观念优于狭义的法律观念，因为，前者在使理论研究得以便利之时，可使实践主体在道德困境面前作出较为明智的选择。哈特的理论，包括以往的多数实证法学，并不否认法律与道德在事实上的某些联系，并主张法律应有道德内容，但的确认为，两者在概念上不存在必然的联系。

道德困境的复杂性，有时并未表明广义的法律观念优于狭义的，尤其在出现较为一致的对邪恶的憎恶时，后者可能优于前者。这是哈特实证观点无法回避而且难以克服的实践难题。

在知识论上，哈特希望在日常语言分析的基础上“社会学地”考虑法律现象。日常语言存在着正常用法，以此为“视窗”，可以观察现实存在的“规则的内在方面”“次要规则”“语言的意思中心”，并从中获得法律的一般知识与具体知识。

但是，在价值观念的影响下，一方面，人们对日常语言的正常用法本身就会产生争论；另一方面，上述社会现象展现的“出处”“形式”“结构”，并不一定可以使人真正认识法律现象。这样，日常语言正常用法的设想可能部分失效。而且，当理解法律不能离开具有特定文化背景的主体对“目的内容”的认识时，社会学式的纯粹客观的认识论本身必须面临严峻的“阐释学”挑战。

哈特的新分析法学与现实主义法学的相同点是：强调了实践中官员或法律适用者的中心地位。两者的不同点是：（1）前者否定而后者承认了“强制力”的法律本体论的地位；（2）前者否定而后者承认了“人性恶”的基本假设；（3）前者保留而后者抛弃了分析法学主张的法律“普遍性”“确定性”“可预测性”；（4）尤为重要的是，前者强调了实践中官员行为的统一性，后者强调了这一行为的差异性。

第四章　解释性质的法律

正是说明了一般价值和原则的重要，你应当经验一切。

——巴门尼德

为了纠正分析法学和现实主义法学的理论误区，哈特的新分析法学建构了新的法律概念分析的模式。这个模式，将“规则的内在方面”“承认规则”和“意思中心”作为基本的结构要素。这一努力一方面获得了部分的成功，另一方面推进了人们对法律现象的理解。但，其在基本面上似乎仍存在着重要的理论困难。

如前所述，第一，某些义务的主张，可能不以规则的实际存在为前提。对法律义务的主张同样如此。因此，人们持有的类似“内在观点”的义务陈述需要进一步的分析。第二，如果承认明确法律规则中蕴含的原则、政策或政治道德等准则也是法律的一部分，那么，“承认规则”区分法律现象与非法律现象的功能便会失效。进而言之，“承认规则”就像“主权者命令”一样只能说明部分的法律现象。第三，法律是人类自我的规范体现，它与自然现象十分不同，人们能否身在法律现象之中对法律作出客观中立的实证观察？即使在对自然现象进行科学研究时，人们都会受制于主观中的“前观念”的影响，都会存在“观察渗透理论”的问题。如果是这样，面对法律现象时，观察者岂不更会受到已具有的文化背景的影响?

而且，面对法律现象时能否抛开主观目的也需探讨。这样，理论中法学与实践中法学的关系显然亦需进一步的分析。

美国法学家德沃金（Ronald Dworkin）以为，哈特理论出现困难的重要原因在于如下三点：首先，这种理论和其他众多法学一样，对法律实践中的一种法院争论即“理论争论”存在着一种误读，它们通常认为，法院在适用法律过程中的争论，要么是语词上的争论（如争论语言“开放结构”中的语词含义），要么是历史事实上的争论（如争论以往立法或判例是否作出过规定），要么是“法律应当是什么”的争论，忽略了“法律实际上是什么”这样一种重要的争论，这种争论是“理论争论”，因为争论的根源在于争论者对法律的基本观念具有不同的看法。其次，这种理论由于忽略了“理论争论”的性质，便忽略了“理论争论”所具有的法理学性质，忽略了法律概念所具有的深层的政治道德基础，进而忽略了法律概念所具有的解释性质。最后，这种理论和其他众多法学一样，对法律现象缺乏一个实践的“内在参与者”的观点，在法理学的层面上，仅仅具有肤浅意义上的社会学家或历史学家对实践的“外在观察者”的观点，而除非体验内在参与者的理解，体验法律实践中的推论的优劣，否则，无法切中法律现象的实质。

一、“理论争论”

什么是“理论争论”？为说明这个问题，可以较为详细地“阅读”一下里格斯诉帕尔玛案中法官的真实争论。[142]

066　法官的不同意见

在该案中，帕尔玛知道祖父已立下遗嘱将其定为遗产继承人，且知他将获得大笔遗产。但是，因担心新近重新结婚的祖父可能改变遗嘱，帕尔玛将其毒死。不久东窗事发，帕尔玛被判有期徒刑。死者的两个女儿提起诉讼，要求遗嘱执行人将遗产交给她们而非帕尔玛。她们认为，帕尔玛因遗产而谋杀被继承人，法律当然不能允许其继承遗产。

当时，美国纽约州遗嘱法（主要包含于制定法中）规定了遗嘱的形式要件、遗嘱人的主体资格、遗嘱人的精神条件、遗嘱证明人的资格、遗嘱修改或撤销的有效条件等方面的问题，并未规定遗嘱继承人谋杀遗嘱人后可否继承遗产。帕尔玛的律师宣称，遗嘱没有违反遗嘱法的各项规定，具有法律效力。因此，帕尔玛是合法的遗嘱继承人，法律不能剥夺其继承权。如果法院支持死者女儿的要求，这便是改变遗嘱且以法院自己的道德信念顶替了法律。纽约州最高法院的法官都同意必须依法判决，不否认如果经过恰当解释，制定法赋予帕尔玛继承权，法院便必须向遗嘱执行人发布执行遗嘱的命令。无人认为，在此案中为了正义而必须改变法律。但是，他们的确在争论：法律实际上是什么，如果恰当阅读则该制定法规定的法律权利义务是什么。[143]

格雷法官（Judge Gray）认为，除非存在有关制定法字面语境的其他信息，或有关立法者主观意图的其他信息，否则，法官必须逐字逐句地解释制定法。现在没有这些信息，因此逐字逐句地严格解释制定法是唯一的选择。经过严格解释，可以看出，真正的遗嘱制定法并未将谋杀者作为一种例外排除在遗产继承权利之外。这种解释看似机械，实则慎重。因为，尽管死者如果知道帕尔玛试图毒害他，可能会改变遗嘱将遗产留给两个女儿，但是，死者也可能即使知道帕尔玛的企图，仍然愿意将遗产留给帕尔玛，他可能认为只有帕尔玛是其家族传人，女儿不是。此外，如果帕尔玛因谋杀犯罪而失去继承权，则他要遭受服刑之外的进一步的惩罚。然而，惩罚犯罪必须由立法机关事先规定，不能由法院事后追加，这是一个重要的司法原则。

因此，格雷法官支持帕尔玛胜诉。

厄尔法官（Judge Earl）认为，制定法中的“白纸黑字”规则与另一种同样真实的“制定法”规则是不同的。立法者意图既存在于前者之中，也存在于后者之中。如果某种东西不是立法者意图，即使看似包

含于制定法的“白纸黑字”规则中，也不属于后种“制定法”的一部分。在本案中，应该思考的是后一种规则。因为，立法者并未就该案情形作出明确的规定。在思考后种规则时，设想纽约州立法者在制定遗嘱法时会有允许谋杀者继承遗产的意图，是十分荒谬的。因此，后种制定法规则并不包含允许谋杀者继承遗产的内容。厄尔法官强调，不应在孤立的历史背景中解释文本中的制定法，而应根据法律的诸种一般原则构成的宏大背景，解释文本中的制定法。法官应使制定法的解释尽可能地符合法律设定的一般司法原则。因为，设定立法者一般认为应尊重传统的司法原则（除非他们明确作出另外表示），这是有意义的。而且，由于制定法是法律体系的一部分，其解释便应使法律体系在原则上是一致的。他指出，其他法律尤其是普通法都尊重一个原则：不能因过错获得利益。所以，制定法应被解释为否定谋杀者有权继承遗产，法院应当判决剥夺帕尔玛的继承权。[144]

厄尔法官支持死者的两个女儿胜诉。

或许有人会问：在此案中，制定法的白纸黑字规定是十分清楚的，当面对如此清楚的制定法文本时，人们怎会争论它的实际含义？

德沃金以为，必须像厄尔法官一样区别“制定法”一词的两种意义。一方面，它可以描述一种物质实体即印有文字的文件；另一方面，它可以描述更为复杂的由立法行为创立的一类东西即法意。[145]前者可称为“明确法律”（explicit law），后者可称为“隐含法律”（implicit law）。[146]实际上，在帕尔玛案中，所有法官都同意制定法中的“明确法律”是什么，但却争论“隐含法律”是什么，争论“隐含法律”规定的权利义务是什么。

067 “理论争论”

可以看出，在该案中，格雷法官和厄尔法官并未争论遗嘱法的字词含义，也未争论历史上立法者是否制定过有关的法律，更未争论是否应依据正义判决此案。他们在争论立法者制定的“实际制定法”是什么，争论根据实际的制定法，帕尔玛及死者的两个女儿的具体权利义务是什么。而且，在争论中，各自的理由陈述是在自己认为的制定法所依据的“根据”（ground）和原则（principle）（如法无明文不处罚、恰当的意图）的层面上展开的。他们运用这些“根据”和原则，争论“遗嘱法实际上是什么”。因此，其争论不仅是“具体的”，而且是“抽象的”；不仅是“实践”的争论，而且是“理论”的争论。“他们也许争论法律的根据，争论其他种类的当其为真时使具体法律命题为真的命题。在经验的意义上，他们也许同意制定法文本和以往司法判例关于……已经说过什么，但是争论关于……法律实际是什么，因为，他们争论制定法文本和司法判例是否满足了恰当的法律根据。我们可以将此称为关于法律的‘理论’争论。”[147] 正是由于这种争论在根本上是一种“法律根据”的争论，而“法律根据”本身又是抽象的、理论的，这样，德沃金便将其称为“理论争论”。

068　“理论争论”的法理学问题

在“理论争论”中，可以发现重要的法理学问题。

第一，法官体现了一种类似哈特所说的“内在观点”，即愿意遵守法律义务的主观状态。但是，这种主观状态并不意味着他们接受了共同一致的法律准则（像哈特认为的那样）。他们认为必须遵守法律，这是法官的基本义务，但是他们同时对“法律是什么”具有不同的看法。进而言之，在类似帕尔玛案的疑难案件中，并不存在法官一致同意甚至大体同意的法律准则。格雷法官和厄尔法官都认为，针对帕尔玛的行为一定存在着法律规定，而且认为必须遵守之，但并不因此就存在他们一致同意的法律规定。

第二，在争论中，法官使用了不同的“根据”和原则作为标准来确定法律的具体内容。他们表面上在争论法律的具体内容或含义是什么，但实际上他们在争论用什么“根据”和原则作为标准来确定法律的具体内容或含义。换言之，他们并未接受共同的确定法律是什么的“根据”和原则。格雷法官认为，应用法无明文不处罚的原则作为标准来思考法律是什么，厄尔法官则认为，应用立法者的恰当意图的原则和法律体系协调一致的原则作为标准，确定法律是什么。他们并不同意使用同一的“根据”和原则作为标准。

第三，法官在争论中使用了不同的标准确定法律的具体内容，因此，他们主观中的法律概念便是不同的。对于一般意义的法律是什么的问题，法官具有各自的看法。格雷法官可能认为，立法机关写下的白纸黑字便是法律（除非具有有关立法者意图的其他明确信息）；厄尔法官可能认为，可以合理理解的立法意图和法律体系不能自相矛盾才是法律的必要条件。

第四，从上述三点可以看出，法官在疑难案件中的争论不仅是法律家的争论，而且是法学家的争论。严格地说，任何法律实践中的争论，在深层上都体现了抽象意义的法律一般理论的争论。不仅如此，而且这种争论更为深刻地体现了政治道德方面的不同态度。如果格雷法官认为立法机关写下的白纸黑字是法律，那么他可能持有一种较为保守的有关法院功能的政治态度，可能持有一种过于中立的道德态度。如果厄尔法官认为恰当的立法意图和法律体系不能自相矛盾是法律的必要条件，那么他对法院的功能可能持有一种较为激进的政治态度，对社会纷争可能持有一种易于倾斜一方的道德态度。

第五，尤为重要的是，从法律的成分上看，因为法官在确定法律的具体内容时运用了各种潜在的法律“根据”，因此，法律不仅是由具

体规则构成的，不仅包括了在前述第052小节描述的法律原则、政策或政治道德准则，而且，包括了一般法律理论和政治道德姿态。

于是，德沃金指出："法律哲学家对任何法律推论必须具有的一般性问题，对任何法律推论必须具有的解释基础，具有不同的意见。我们可以将硬币翻过来。任何实践的法律推论无论怎样具体或局限，都预设了法理学提供的那类抽象基础。当对立的抽象理论基础相互对抗时，一种法律推论总是接受一个而拒绝其他。所以，任何法官的意见本身就是一篇法律哲学，即使这种哲学隐而不露，即使显而易见的推论充满了条文引证和事实罗列。法理学是审判的一般部分，是任何法律判决的无声序言。"[148]"法律的帝国是由态度界定的，而不是由领土、权力或程序界定的。"[149]

069 "理论争论"存在的实践前提

"理论争论"存在的实践前提有两个：其一，法官总是认为自己有遵守法律的义务；其二，社会公众都希望法官的审判权力尤其是疑难案件中的审判权力得到确证。一般来说，在审判过程中，法官都认为自己是在适用法律，在疑难案件中也是大体如此，而且一般公众也不希望法官可以没有合法的正当根据自由审判。这在另一种意义上便是"法治"的要求。而如果这两个前提是真实的，那么，过去的许多法律理论都将是成问题的。因为，这些法律理论一般都以为，一方面，存在着一个标准可以确定法律是什么，当法官根据这个标准发现法律不存在、有漏洞或不公正时，他会运用自由裁量权或依据非法律的其他准则审判案件，换言之，法官自认放弃了遵守法律的义务；另一方面，在法官运用自由裁量权的情况下，社会公众似乎也放弃了他们的确证要求。然而事实上，法官通常并不认为自己可以放弃遵守法律的义务，一般公众也未放弃对法官审判的确证要求，而法官放弃遵守法律的义务和"法治"的愿望亦是背道而驰的。

进而言之，如果认为上述两个前提是无可置疑的，那么，就须反过来重新思考：当法官自认属于适用法律而且社会公众的确存在确证的要求时，法官所进行的争论究竟属于什么性质。可以发现，法官通常来说并不运用偏离法律的强式意义的自由裁量权。所以德沃金认为，他们的争论在一般情况下的确是深刻的“理论争论”。

070 “理论争论”·识别功能的标准·日常语言的正常用法

“理论争论”从另一角度再次表明，[150]以往许多法学理论试图建立一个可经验实证观察的具有“识别功能”的基本标准以确定什么是法律的思路，是注定要失败的。

边沁和奥斯丁认为，主权者的普遍性质的命令就是法律，这样，在他们的法学理论中，“主权者的普遍命令”便是识别何为法律的基本标准。格雷说，法官所说的就是法律，于是，在其理论中，“法官所说的”便成为基本标准。而霍姆斯以为对法院将要做什么的预言就是法律，卢埃林以为法官的行动就是法律，凯尔森以为可以追溯到基本规范的规则就是法律，哈特以为符合承认规则要求的规则就是法律，因此，“对法院将要做什么的预言”“法官的行动”“基本规范”“承认规则”便成为其各自的基本标准。

然而，在“理论争论”中可以发现，“隐含法律”的形成是十分复杂的。这种法律具体内容的获得，依赖对一般性的原则、政策、法律学说、政治理论甚至政治道德等内容的推论。在形成隐含法律的具体内容时，法官是在建立一个完整的法律理论，这一理论是由潜在的一般性质原则、政策、学说（如法律的概念）、道德等构成的，这些一般性质的复杂内容是具体法律的背景“根据”。从整体上看，法律的成分既包括了具体的规则内容，又包括了上述背景“根据”。隐含的具体规

则内容和这些背景“根据”，不能用可经验实证观察的具有“识别功能”的基本标准加以确定。它们是与作为实践参与者的法官的主观目的及价值判断密切联系在一起的。因此，法律的内容，同样不能用上述基本标准加以确定。与社会学家及历史学家研究社会历史资料不同，法官是在较强的主观目的及道德主张之下探寻证明法律实际是什么。这样，存在确定法律性质的形式上的并可经验实证观察的统一标准理论，便会因此而失效。

德沃金反复强调，“理论争论”是语义学的法学理论，[151]如上述法学理论的“刺”。[152]

此外，“理论争论”也再次表明，3哈特新分析法学的“日常语言的正常用法”方法不能解释官员实践中的某些重要争论。因为，这些争论与语言用法问题毫无关系。为了分析这些争论，必须采用新的方法和视角。

071　“隐含法律”的特点及理论渊源

德沃金的“理论争论”说在技术上依赖一个概念上的区分，即“明确法律”和“隐含法律”的区分。其实，德沃金所要说明的法律主要是后者。只有就后者而产生的争论，才具有“理论争论”的性质。“隐含法律”的概念对德沃金的“理论争论”说至关重要，因此，从本小节至第077小节，我们将详细探讨与“隐含法律”有关的几个问题。

“隐含法律”最为重要的特点在于其内容必须通过推论才能获致，因为，其具体内容的产生，依赖对特定的原则、政策、学说及政治道德观念等一般内容的推论。而且，这种推论通常是在法律实践中发生的。而“明确法律”通过查找并无须推论便可获致。在里格斯诉帕尔玛案中，格雷法官实际上主张，有关遗嘱的制定法中包含了这一隐含法

律：不论在何种情况下，有效遗嘱都应予以执行。厄尔法官实际上主张并非如此。

在20世纪上半叶的英美法理学中，可以发现“隐含法律”观念的两个主要理论渊源：卢埃林的晚期理论和庞德的部分理论。前者认为，在法律的具体规则依赖的体系背景中，通常存在相对确定的规则、原则、准则和价值，它们或明或暗存在着能够产生明确答案的依据。[153] 后者认为，如果相信法律体系仅仅包括一些明确的具体规则，它们为具体明确的实际情况规定明确具体的法律结果，从中可以得出明确具体的判决结论，那么，这便将法律体系想象得过于狭窄。在具体规则之外，法律体系还包括大量的一般原则。这些原则有时被明确地确认甚至公布，有时被推断为最为合理的准则根据，从而能够解释明确确立的规则的存在。它们不仅可以用来解释使其得以体现的具体法律规则，而且可以当具体法律规则不明确或不存在时被用来构成判决的一般准则。[154]

在20世纪中叶，富勒（Lon L. Fuller）从另一方面分析了“隐含法律”的概念。在富勒看来，任何法律的明确表达形式（如制定法）都不会穷尽其中包含的“法律内容”，法律的条文和其中包含的法律内容是两个不同的概念。针对一项制定法规定“遗嘱须在两名主体资格合格的证人面前签署方为有效”的文字，人们一般不会否认，这条文字中也包含了“遗嘱分别在两名合格主体面前签署同样有效”的法律含意。虽然制定法文字就后种情况并未写出更多的文字，但在其中可以推出与此一致的法律内容。这类可推出的法律内容就是“隐含法律”。[155] 在20世纪六七十年代，德沃金本人亦从法律内容的成分上论证原则一类的准则也是法律的一部分。与庞德类似，他以为某些原则一类的准则并不明确表达于成文法律中，它们潜在地存在于法律体系中。[156]

072　“隐含法律”概念的功效

可以认为，“明确法律”与“隐含法律”的区分，是德沃金的理论策略。“隐含法律”的概念，在理论上是为“理论争论”的分析铺平道路。

当然，这种区分的另外两个目的是：第一，表明以往各类法学理论主张“‘发现法律’的方法是单一的”的不当之处；第二，表明它们所说的“法律漏洞”的观点是错误的。这些法学一般以为，如果法律是存在的，那么发现的方法便是通过已经存在的官方文件（如制定法文本或判例汇编）或已经发生的官方事实（发布命令或接受承认规则）来查找，除此之外，并无他法。然而，如果“隐含法律”是存在的，则“发现法律”的方法便不单是查找式的，它需要推论作为发现的另一基本手段。就“法律漏洞”而言，这些法学通常认为，法律存在着种种疏漏，所以要么用立法手段要么用司法手段来填补之，而填补则又是属于“创制”而非“发现”。但是，如果“隐含法律”本身就是法律体系中的法律，则漏洞一般是不存在的，因为从法律体系中的“根据”和原则可以推论无数的、具体的“隐含法律”，这样，当基本法律体系存在时，无数的具体法律总是被“发现”的。

“隐含法律”是暗含于法律体系中的，因此，在“理论争论”中，法律实践者是在推论式地“发现”、说明法律是什么。

073　隐含法律·法律的确定性和可预测性

在法律成分上，有论者以为，如果接受法律不仅包括“明确法律”，而且包括“隐含法律”，那么法律的确定性和可预测性这两个人们普遍接受的价值便会出现危机。

就法律的确定性而言，人们创立法律便是希望这类规范不同于较为不明确的其他规范如道德，以便行为有案可查有章可循。但是，“隐含法律”是不明确的，这便使上述希望无法实现。对于一般公众来说情况尤为严重。换言之，如果接受“隐含法律”，便需放弃确定性这个价

值。就法律的可预测性而言，明确的法律可以使人较为准确地预测自己行为的法律后果，如果不知道法律的明确规定，便无法作出预测从而无法作出日常安排。显然，“隐含法律”蕴含的权利义务的规定是不明确的，对其作出预测也是较为困难的。如果承认“隐含法律”是法律的一部分，便难坚持法律的可预测性。

德沃金以为，“隐含法律”的确是不明确的，但是不明确并不意味着不确定。无论是“明确法律”还是“隐含法律”，都是以法律体系中蕴含的原则、政策、道德、普遍接受的信仰、学说及观念等作为自己的背景“根据”的，基于相同的文化背景，人们完全可以知道或大致了解这些背景“根据”，并从中推论出具体的法律权利和义务。对于区别于政策的法律原则来说，情况更是如此。此外，即使就“明确法律”而言，现代国家的各种规定也越来越具有技术性和专业性，越来越浩如烟海，在没有专业法律工作者帮助的情况下，一般公众同样难以以简捷方式明确知道法律的具体内容，他们有时同样需要推论的方式，以获得法律的具体知识。因此，如果认为法律的确定性是指一望即可知，那么，在现代社会中根本就不存在这样的法律确定性。就可预测性来说，人们一般都理解自己文化背景中的法律制度蕴含的基本原则、政策或政治道德，既然具体法律依据的是这些“根据”，人们当然也可以依赖这些“根据”知道自己的权利和义务，从而预测自己行为的法律后果。从区别于政策的法律原则来看，人们更能而且更应从中预测具体的权利和义务，从而预测具体的法律后果。“人们可以把能为法律实践提供最佳理由的原则所支持的任何权利作为自己的法律权利。”[157]

074　隐含法律·法治·正当性

法律的确定性和可预测性与法治问题有着密切联系。按照一般法律理论的说明，法治在于法律具有最高的政治权威，在治理方式上体

现为法律的统治而非人的统治。显然，实现法治首先要求法律具有确定性和可预测性。此外，这一问题还与法律的正当性问题有关。如果法官可以探讨隐含法律，那么法官手中似乎便出现一种正当性受到怀疑的权力。有论者以为，必须注意法律中的程序正当性的问题，因为，无论是作为民事赔偿的方式还是作为刑事处罚，其本身都证明了如下要求是正当的：适当地、明确地预先知道所要求的义务。

德沃金纠正了这种观点。他认为，真正的法治，是允许政治道德理由特别是法律原则在法律推论中发挥“约束”作用的，允许这些“根据”和通常的明确具体的法律理由彼此共存。只有当政治道德理由尤其是法律原则的推论形式被看作是法律推论，法律制度才是更为确定的。因为，当这些推论资源和方法被允许时，法律便会对绝大多数的实质问题提供明确的答案，从而实现法治。[158] 他以为，即使法律问题是有争论的、疑难的，但只要案件是被正确判决的（即便很难预测），则仍符合了正当性的要求。[159]

075　隐含法律·法律的矛盾·唯一正确的法律答案

但是，有论者进一步指出，在相同文化背景中，作为具体法律规则的背景“根据”的那些原则之类的准则，有时本身便是不确定的，它们有时依赖人们的理解或讨论才能逐步确定。在这种情况下，不能排除人们在逐步确定的过程中对这类准则具有不同的甚至矛盾的理解。此外，在一个法律体系中，通常存在许多抽象“根据”，而不是仅存在一个，当思考这些抽象“根据”时，也许不会发现它们之间的潜在矛盾性，而当思考以它们为依据的具体结论时，有时便会发现来自潜在矛盾性的现实矛盾性。比如，惩罚犯罪必须由立法机关事先规定，不能由法院事后追加，这是一个重要的司法原则；法律判决应当协调一致，也是一项重要的司法原则。当仅仅思考这两个原则时，人们可能觉得它们之间并无矛盾性，但是在帕尔玛案中，这两个原则却支持了

相互矛盾的法律具体结论。如果是这样，人们便有理由怀疑在此基础上推论的具体法律权利义务的正确性，便有理由怀疑，这种权利义务是否真为法律体系中已包含的法律的权利义务。而既然推论获得的具体法律结论可能是不可靠的，最终意义上的法律确定性和可预测性何以获得保证？因此批评者认为，之所以有时强调规则的重要性，而不乞求原则或价值的推论，就是因为“不能发现无论是边沁式的幸福还是德沃金式的平等关心与尊重，还是其他价值宏论，可以把握我们估价的单一追求目标（不是所有都有价值）。在实践反思的层面上，我们遇到价值和被估价的事物状态的多元性，其中每个在各种背景中与其他部分地相互矛盾”[160]。

在此可以发现，能否在原则上获得真正的唯一正确的法律答案对于“隐含法律”（尤其是以法律原则为“根据”的这类法律）的概念至关重要。如果不能获得，其主张者似乎便面临着两难的选择：要么沿着现实主义法学的思路干脆承认法律存在于法官的行动中，从而彻底抛弃法律的确定性和可预测性（以及一般规范性）的观念；要么为保留这两个观念而在价值层面上彻底否认“隐含法律”的概念。为避免这两难的选择，德沃金坚决相信“唯一正确法律答案”的存在，而且认为，这种唯一正确的答案至少存在于作为具体法律规则的背景根据的法律原则中。[161]

076　隐含法律存在的理论根据

关于“唯一正确答案”问题和现实主义法学发难的问题，留待后面第 095、 096小节再予详细讨论。现在，在假设可以获得唯一正确答案的基础上，看看能否在纯粹理论的层面上否定“隐含法律”的存在。认为这种法律存在的通常思路是：首先，所有的法律权利义务的规定，无论较为具体还是较为一般，都是以更为抽象的政治观念或道德观念作为根据的；其次，在这些政治观念和道德观念的“根据”上，可以反

向推出无数的具体结论；再次，当出现新问题时，从这些抽象观念中是可以得出具体的法律结论的（尽管可能是相互矛盾的）；最后，可以认为这些推出的具体结论是暗含于法律体系之中的，它们是“隐含法律”。可以想象，如果对所有的具体法律规定进行具体分析，找出其抽象“根据”是不成问题的。反之，在这些抽象“根据”上推出无数的与具体事实相对应的具体结论也是不成问题的。这样，在纯粹理论层面上似乎不能否认“隐含法律”的存在。

077　隐含法律存在的现实根据

另有论者认为，不应将所谓的“隐含法律”视为法律，因为，这类准则是法官在“明确法律”没有规定的情况下依据自由裁量权找寻的规则，它们对法官并无约束力，它们是以“明确法律”之外的原则、政策、伦理观念、习惯等主观价值为根据的，并无法律的绝对效力。法官只是在少数疑难案件中运用它们，如果愿意，法官完全可以不予理会。

在前面第052小节，我们看到，如果不将部分的即明确法律规则中蕴含的原则、政策或政治道德准则视为法律的一部分，那么，似乎会得出明确的法律规则不具有法律约束力，从而不是法律一部分的结论。

在此，德沃金同样相信，如果上述论者的观点是正确的，那么，将会推出“明确法律”同样不具有约束力因而不是法律的奇怪结论。因为，第一，法官在疑难案件中改变、撇开“明确法律”时有发生；第二，法官在疑难案件中有时运用有时则不运用“隐含法律”，这与他们运用“明确法律”的情形并无实质性的区别；第三，如果认为，法官可运用也可不运用“隐含法律”这种情形表明这些法律不具有约束力，因而不是法律，则亦有理由认为，“明确法律”不具有约束力因而不是法

律。显然，人们并不因为法官有时改变、撇开“明确法律”，从而认为“明确法律”对法官不具有约束力因而不是法律。所以，没有理由否认“隐含法律”具有约束力从而是法律的一部分。

德沃金的推论是言之成理的。但是，人们可以从另一方面理解这一问题：在“明确法律”没有确定结论时，法官是否事实上在探讨“隐含法律”，是否应该探讨“隐含法律”。如果法官事实上没有探讨“隐含法律”，当然不存在“隐含法律”的问题。如果事实上的确在探讨，然而人们认为这是不应该的，那么，亦可硬将“隐含法律”的问题抛在一边。但是，假如法官在事实上不能不探讨“隐含法律”，恐怕便不能将其弃之不顾。

法律的明确规定不论是一般的（在制定法中）还是具体的（在判例中），其面对的事实都是具体的，其都需要用法律解释的方法才能予以适用。如果具体事实完全属于明确法律规定之前曾经出现过的事实，那么，解释将是十分简单的。如果具体事实不属于，则会出现两种情况：一种是人们对新出现的具体事实是否属于明确法律规定的情况，会有十分激烈的争议；另一种是人们对新出现的具体事实是否属于明确法律规定的情况，不会有十分激烈的争议。对于堕胎及安乐死是否属于明确法律规定的杀人行为，人们可能争议颇为激烈，这属于前种情况。对于新出现的电脑及版权是否属于明确法律规定的遗产，人们可能有一些争议，但是这种争议一般并不十分激烈，而且，人们经过争议后有可能达成大致共识，认为它们属于遗产，这属于后种情况。对于前种情况，由于存在激烈争论，有人也许认为应由立法机关来解决，换言之，有人也许认为法官在此不应探讨“隐含法律”。但是，对于后种情况，人们通常不会认为应由立法机关来解释。其实，在后种情况中，法官正是通过探讨“隐含法律”来求得问题的法律解决。如果认为法官在后种情况中同样不应探讨，那么，可以想象将有数不胜数的问题需要立法机关来解释，而立法机关进行这种无数的法

律解释显然又是不可能的。所以，法官在某些情况下将不能不探讨“隐含法律”。

这样看来，德沃金认为“隐含法律”存在似乎是有理由的。

078 “理论争论”表现的是“实然”还是“应然”？

“隐含法律”的存在，似乎令人无法回避实践中的“理论争论”。但是，有论者仍然指出，德沃金所描述的“理论争论”实际上不是有关“法律是什么”的争论，而是“法律应当是什么”的争论。在帕尔玛案中，格雷法官和厄尔法官好像在争论制定法的内容到底是什么，但是，他们实际上是在争论针对谋杀者可否继承遗产这一问题，制定法应当是什么。因为，在制定法中，人们显然无法看见对这一问题的具体规定。其实，对于法律是什么的争论只能局限于有关历史事实的经验性质争论，即争论在历史上立法者有无作出过什么规定。进而言之，格雷法官和厄尔法官面对的问题是：要么服从法律，要么突破法律，要么修补法律。而这三类问题都与法律应当是什么有关。

可以看出，这种批评是以一种假设作为前提的：法律就是“明确”意义的法律，如果不能明确读到“字面”，那么法律是不存在的。然而，根据前面所述，似乎不能否认“隐含法律”也是存在的。而且，由于“隐含法律”暗含于法律之中，对其争论当然亦是“法律实际是什么”的争论。另一方面，即使对“隐含法律”的具体内容没有争论，也不意味着对法律的背景根据没有争论，因为，通过不同的理论背景根据，完全可能得出相同的具体“隐含法律”结论。在前第017小节说明的麦克劳夫林诉奥布雷恩案中，英国的初审法院、上诉法院和上议院都有相同的“隐含法律”结论，然而，它们依赖的背景根据却是不同的。在没有“隐含法律”争论时，背景根据之间的冲突只是潜在的，而在有争论时，冲突是最为明显的。而“理论”争论的最为重要的特征便

在于背景根据的显现冲突。此外，法官通常认为自己应当遵守法律，而不能突破或修补法律，不仅在法律字面清楚明白的时候是如此，而且在法律字面不甚清楚明白时也是如此。这种实践中的恒常现象似乎也说明法官有时的确在争论“法律实际是什么”。

当然，批评者首先可以这样提出质疑：立法机关从事的法律制定工作，是与“法律应当是什么”有关的，在法律制度的发展中，立法机关经常是以修补法律的形式进行立法的；在格雷法官和厄尔法官的时代，对于谋杀者有否继承权的问题，“明确法律”没有规定，但是在现在便不会看到对此问题没有明确规定的法律，这表明尽管法官从法律的背景“根据”可以推论“隐含法律”的具体结论，然而立法者时常仍以立法方式规定这类问题的解决。这样，如果认为“隐含法律”可以依赖实践中的法官的推论，那么法律制度的实践为何不以这样的方式发展？法律制度为何不更多地依赖法官的推论？实际上，法律制度的发展显然更多地依赖上述立法方式而非法官的推论；假如认为，立法者的上述任务是不可回避的，那么似乎更有理由认为格雷法官和厄尔法官的争论是“应当”性质的，而不是“实际”性质的。

其次，批评者可以这样认为：立法机关以修补方式立法的原因之一，在于避免同一法律体系之中的若干“根据”在具体结论层面上可能产生的矛盾，换言之，从这些“根据”出发，有可能推论出相互矛盾的具体法律结论，[162]修补立法的目的便在于避免这样的矛盾，进而避免法官在实践中无休止地争论；我们似应承认这种修补是十分必要的；同时，虽然可以认为立法者立法时也会争论，但是人们不会因此认为其争论是“法律实际是什么”的争论，而只会认为是“应当”性质的争论，这样，如果认为同一种类的争论在立法者那里是“应当”性质的，在法官那里是“实际”性质的，那么，便会使人感到颇为费解。

再次，批评者可以说：法官认为自己有遵守法律的义务，并不意味着他们的确这样认为。一般公众相信法律总是存在的，法官总是遵守法律的，这便使法官不得不在表面上这样认为。其实，他们心里完全明白他们是在从事“法律应当是什么”的工作，只是由于公众的信念，他们才表现出似乎是在从事“法律实际是什么”的工作。

对于批评者提出的上述质疑，德沃金可以认为，在法律制度的发展中，立法机关修补式的立法的确发挥了重要作用。但是，这从不意味着法官可以或在实践中实际放弃了法律的推论。立法机关解决了谋杀者继承权的问题，仍然会有其他新的问题出现，因为明确的法律规定与具体事实之间的“矛盾”是永久存在的。在法律史的发展中，完全可以看到，法律实践者始终面临着数不胜数的法律争论，因为实践者始终处于明确法律规定和具体事实之间的中介位置。

至于同一类争论为何在立法者那里是“应当”性质的，而在法律实践者那里是“实际”性质的，德沃金可以说：就制定法律而言，除最为基本的具有根本性质的立法外，在一般法律“根据”之上的修补式立法实际上是“明确”法律的一种方式，而这种立法制定的具体法律规定实际上已经暗含于法律体系之中，这种立法与实践推论的区别，仅仅是职能上的区别，两者之间的推理方式完全是一样的。因此，尽管立法解决的似乎是“应当”的问题，但其实际解决的仍然是“实际”的问题，就像人们习惯于将法律实践者说成“进行‘应当’争论”一样，人们只是习惯于将其称为从事“应当”的工作。

对于法官是否仅仅在表面上表现出争论“法律实际是什么”，而其心里完全清楚自己是在争论“法律应当是什么”的问题，德沃金可以反问：如果这种“装扮”是必要的，如果法律工作者都认为，在像帕尔玛那样的案件中没有决定性的法律结论，为什么这类观点长期以来没有成为实践中的主流政治文化？为什么在类似帕尔玛的案件中，法官与

双方当事人的律师要合作欺骗一般公众？为什么在这类案件中，人们无法找寻证据证明法律工作者在争论时实际上希望争论可以顺利解决？[163]

079　理论争论与疑难案件

“理论争论”是实然性质的，而非应然性质的。它最为明显地体现在疑难案件中。

在第二章我们看到，现实主义法学的一个现实切入点便是疑难案件。正因为在疑难案件中，“本本中的法律”并不像一般人所预料的那样决定了法律的具体结论，现实主义法学便得出了只有“行动中的法律”的结论。从德沃金的理论来看，在疑难案件中，“实然”的“理论争论”最为突出。于是，从关注焦点集中在疑难案件这一点而言，德沃金的观点与现实主义法学似乎具有类似的特征。可否认为，德沃金忽略了另一方面的简单案件的存在，忽略了简单案件中体现的法律现象？在简单案件中，可否认为并不存在德沃金所说的“理论争论”，因此“理论争论”只是个别现象？

在此应注意，德沃金未讨论简单案件并不意味着忽略了这类案件。德沃金只是为了阐述方便，才集中探讨疑难案件。其实，在其理论中，可以看到即使在法官没有争论的简单案件中，“理论争论”同样可能是存在的，只是这种争论是潜在的。在简单案件中，法官虽然对具体法律结论没有争论，但是完全可能从不同的背景根据出发得出相同的具体法律结论。

此外，德沃金相信，有时对某一法律没有争议，是因为人们对这一法律有一致的意见，而正是这种一致意见使这一法律成了法律制度的“范例”（paradigms）。对此范例，通常是不会有争议的，而且争议也是没有意义的。例如，在相当长的一段时期，人们对“契约自由”的

法律是没有争议的。人们认为，对规范民商方面的契约行为而言，这一法律是具有确定性的“范例”，对其争议没有意义。这一法律包含了要约主体和承诺主体意思表示自由真实的含义。但是，人们的一致意见会改变的，同时“范例”也会随之发生动摇。这样，就会出现对同一法律的含义的争论，从而出现疑难案件。对于“契约自由”的法律，人们后来的确认为在某些情况下，因其而出现显失公平的结果，这要求人们重新思考这一法律的真正含义。人们会争论，“意思表示自由真实”是否认可了显失公平的结果，当契约一方承诺了契约，是否意味着必然要承担这一结果。在某些法律制度中，这种争论的确导致了“范例”的动摇，人们认为“意思表示自由真实”的原则或许并不意味着契约一方只能承担显失公平的结果。就此而言，法律争议或疑难案件是一种恒常现象。实际上，“简易案件不过是疑难案件中的特殊案件”[164]。所以，不能认为“理论争论”只是法律现象中的个别现象。

但是，德沃金的后一说明似乎是有问题的。人们可以运用同样一种推理来分析德沃金自己的理论。可以认为，一切疑难案件都潜在地属于简单案件。当人们没有一致意见的时候，某一法律就不具有范例的特征，因而人们便对其存在着争论。但是，相对而言，人们总会有意见一致的时候，此时这一法律就会变成范例，疑难案件也就变成了简单案件。因此，“理论争论”只是个别现象。而且，德沃金的前一说明亦只表明，在某些情况下没有争议的简单案件包含了潜在的理论争论。然而，在某些情况下，或许简单案件真实地并不包含理论争论。从实践方面来看，可以发现，法律实践者的“理论”争论，有时会因立法者的明确立法而终止。当遵循立法者新的立法而无争论的时候，他们并非像德沃金表述的那样进行“理论争论”。比如在现代，如果再出现继承人谋杀被继承人的情形，法律实践者不会再去进行“理论”争论或运用一般法律理论对明确的法律作出某些解释以适用法律，他们都会直接适用明确法律而照判谋杀者失去继承权。这也说明，认为“理论争论”是恒常现实的理由并不充分。

两种看法何为正确？在此似乎只能以为，不存在正确与否的问题。两种论说属于说服性的，不属于论证性的。因为其出发点是不可证明的“事物变化的状态”。而且，在时间和空间两个宏观方面统计哪种现象为主要是难以做到的。人们只能在一个特定时期特定地点谈论谁多谁少。认为“理论争论”是个别现象是不对的，认为“理论争论”是主要现象同样是不对的。

二、法律的解释性质

由于存在着“理论争论”，而这种争论本身又体现了法律理论、政治道德与法律实践三者的同一性，体现了争论者对一般法律“根据”和具体“隐含法律”的含义的阐释与说明，这样，德沃金便将这种争论视为一种各方争论者所从事的“建构性的解释”活动，将法律从而视为一种具有解释性质的概念。

当法官进行“理论争论”时，法官是在用法律的背景“根据”来展开自己的观点，他们结合目的价值或曰政治道德姿态，来说明并形成法律的具体内容。因此，“法律具有解释性质……法官通常承认有义务推进而不是抛弃他们参加的实践……当他们以我所说的理论方式进行争论时，他们的争论是解释性的争论。不仅是在微观上，而且是在宏观上，他们争论什么才是与案件有关的法律实践的最完善的解释”[165]。因此，帕尔玛的命运取决于具体法官的解释信念。如果法官认为最完善的解释要求他不理会立法者的意图，则他便会判决支持帕尔玛；反之，如果法官认为最完善的解释要求他注意立法者的意图，则他便会判决支持死者的女儿。[166]

080　解释的微观形态

——“建构性的解释”

从微观上看，建构性的解释，是解释者融合自己的目的或价值观念来说明规则、惯例等社会群体实践的活动。其目的，不在于发现人们行为的经济、心理、生理等决定因素，而在于将解释者自身的价值观念加在客体上，并使客体成为它所隶属的整体“根据”的最佳范例。[167]从前述格雷法官和厄尔法官的“理论争论”中，可以发现他们具有各自的目的和价值，而且，他们在争论遗嘱法是什么时融合了自己的目的和价值，并努力表明遗嘱法在其说明中是它所隶属的法律整体“根据”的最佳范例。一句话，法律解释的特性在于对法律实践作出道德上的最佳解释。

这种解释可以分为三个阶段：前解释（pre-interpretive）阶段、解释阶段和后解释（post-interpretive）阶段。在前解释阶段，解释者要确定想要说明的客体在人们以往经验中的含义是什么。这种含义的确定，具有临时的性质。其在某些方面类似文学解释中的文本确定阶段，即某一文学载体被确定为一种小说或诗歌，而且这一文学载体不同于其他小说或诗歌。在这一阶段，人们通常只凭经验大致地确定解释的客体。[168]格雷法官和厄尔法官在解释（或争论）遗嘱法实际上是什么的时候，都大致地确定了纽约州立法机构制定的遗嘱法是法院应当适用的法律。这种确定，当然来自以往的法律实践的经验。在解释阶段，解释者将为上一阶段确定的客体的主要内容提供某种一般性的确证。此时，解释者要说明客体主要内容如果值得追求那么理由何在。但是，这种确证或理由的说明仍然是一种“解释”，而不是“创造”。[169]格雷法官和厄尔法官在解释（或争论）遗嘱法实际上是什么的时候，都为自己确定的遗嘱法主要内容提供了某种“根据”上的一般确证，而且说明了这些主要内容值得追求的理由是什么。他们的说明，当然不是“创造”。在后解释阶段，解释者要调整自己对客体实际上要求什么的感觉，以更好地为第二阶段确定的确证或证明理由服务。[170]

081　解释的宏观形态

——解释的“树形结构”

从宏观上看，各方解释者就客体所进行的这种解释，可以视为一种“树形结构”。首先，各方解释者可能均大体同意有关客体的最为抽象一般的含义，这一含义构成了树干。然而，他们可能不同意有关这一含义的较为抽象一般的说明，这些较为抽象一般的说明构成了树枝。[171]他们还会不同意有关这些说明的较为具体个别的说明，不同意有关这些较为具体个别的说明的更为具体个别的说明……这些越来越具体的说明，构成了细小树枝和树叶。格雷法官和厄尔法官，在解释（或争论）遗嘱法实际上是什么的时候，可能同意“法官必须公正地适用遗嘱法”这个最为抽象一般的命题。但是，他们完全可能不同意有关“公正”的较为抽象一般的说明。当格雷法官认为严守法律字面含义的法院功能体现了“公正”时，厄尔法官可能认为理解法律内在根据的法院功能才体现了“公正”。而对于什么才是“严守法律字面含义”，有的法官可能与格雷法官持有不同的看法。而对于什么才是“理解法律内在根据”，有的法官可能与厄尔法官持有不同的意见……

各方解释者接受作为树干的最为抽象一般的含义，仅仅表明其将这种含义作为一种有用的有关客体的日常话语，作为一种各方可以正常对话争论的基本前提，并不表明他们将这一含义视为客体的基本内涵。各方解释者接受“树干”是必要的，否则各自的看法作为“树枝树叶”便无法展开。如果格雷法官认为必须公正地适用遗嘱法，而厄尔法官认为只能强权地适用法律，那么在“树枝”的层面上便无法展开各自的看法。可以认为，“树干”是“观念”（concept），“树枝树叶”是“观点”（conception）。在“观念”的基础上，“观点”可以枝繁叶茂。[172]

作为树干的“观念”与前解释阶段确定的客体大体的含义具有一定的对应性。它们都来自以往的社会经验。因此，它们都具有文化的、

地域的和历史的性质，具有范式发展变化的模式。“任何时代的法律工作者的解释态度如欲成功，都必须在同一时期具有大致相同的观念。我们都在特定时期进入解释实践的历史，在这个意义上，前解释阶段的必要的一致观念是特定的和地域的。”[173] 另一方面，解释者在解释阶段和后解释阶段中的“目的”和“价值”，与作为“树枝树叶”的观点背后的“目的”和“价值”，同样具有一定的对应性。它们也都具有文化的、地域的和历史的性质，以及范式发展变化的模式。在格雷法官和厄尔法官的时代，人们可能大致地接受了“法官必须公正地适用法律”这样一种“树干”性质的观念，但在其后的时代，人们可能转变为大致地接受“遗嘱法需要调整各种利益”的观念。在格雷法官和厄尔法官的时代，大多数法官可能像厄尔法官一样接受“立法者意图优先”的价值观点，在此时代以前，大多数法官可能认为逐字逐句地解释法律才是公正的。其实，从政治方面来看，不仅在空间上而且在时间上，“不同的法官属于不同的甚至对立的政治传统，而不同的意识形态会使法官的不同解释更为尖锐对立”[174]。因此，“树形结构”将会变化发展，繁衍出新的“树形结构”。

同时，这些“目的”和“价值”又具有一定的趋同性，并不是纯粹主观的、任意的，这使“建构性的解释”亦不是纯粹主观的、任意的。就法律解释而言，这是因为，“任何社会都有法律的范例……任何否认交通法典是法律的一部分的美国法官或英国法官都会被其他法官所替换。这个事实便迫使法官避免极端的解释”，“这个对趋同性产生的最为强有力的影响是内在于解释的特征的……此外，法官是在社会中而不是在社会外思考法律的，一般的知识环境以及反映并保护这个环境的共同语言，对解释个性产生了实践上的限制，对解释想象产生了观念上的限制。正式的法律教育和司法行政官员的选拔程序中的不可避免的保守主义，进一步促进了趋同力”。[175]

082　解释的历史形态

——解释的链条

在微观上，解释存在一个前解释阶段；在宏观上，解释依赖一个共同的“树干”观念。同时，在任何特定社会中都存在解释对象的“范例”。因此，从历史的角度来看，解释是在一定范围内展开的解释。另一方面，微观中的解释存在解释阶段和后解释阶段，宏观中的解释包含了“树枝树叶”的各种观点，因此，历史中的解释又是不断向前发展的。

于是，德沃金以为，法律中的解释有如文学中链条小说的创作。除第一个和最后一个作者之外，每一个作者都要在前一个作者创作的基础上，续写未来的章节。每位作者，都要大致了解已经完成的作品的基本内容，大致了解其中展示的发展方向，并以此为起点进行新的创作。[176]

083　法律的解释性质

在解释者的解释活动中，法律最终形成了。可以认为，在一定意义上法律存在于解释之中。

德沃金极为强调，“理论争论”的解释性质主要在于“建构”的过程。对于法律是什么的问题，在前解释阶段和作为“树干”的观念的层面上，我们仅具有经验意义上的对其含义的大致把握。只有在作为“建构”的解释阶段、后解释阶段以及各种作为“树枝树叶”的观点的争辩中，我们才能对其有具有实质意义的精确把握。因此，无论是在一般意义上还是在具体意义上，法律是什么的问题都是在“建构”中完成的。也因此，“法律具有解释的性质”[177]。

由于“树形结构”意义上的繁衍变化，法律在解释的过程中亦是繁衍变化的，并在历史中呈现出链条式的解释事业。由此，法律也带有

文化的、地域的和历史的印记，它不可能依赖统一标准（如承认规则）确定其含义。在帕尔玛的案件中，格雷法官理解的法律和厄尔法官理解的法律都不是依赖统一标准（如承认规则）确定的，它们是在“建构”中完成的。

同时，“在任何社会中，除非存在充分的关于法律实践是何种实践的基本共识，这种共识可以使法律工作者争论对大致同一的对象的最佳解释是什么，否则，法律作为一种解释事业不可能兴旺发达。这是任何解释事业的实践要求。对两名争论诗的最佳解释的文学评论家来说，如果一个想到‘扬帆驶向拜占庭’的诗文，另一个想到‘往日说谎的马斯耳达’的诗文，争论便是没有意义的”[178] 。

084 “解释”概念的作用

“解释”的建立，是德沃金法律概念学说的理论框架。这一框架的表面目的在于表明实践中的法律是如何形成的，如何发展变化的。这一表明具有双重的功效：既说明法律的具体内容在确证层面上如何形成发展变化，又说明具有说服力、证明力的法学理论在确证层面上如何形成发展变化。

但其深层目的，在于表明以往法学理论将法律与道德在确证层面上视为分属不同领域是不适当的。实证法学理论与自然法学理论，在法律与道德的关系上存在着深刻的分歧。前者以为法律与道德没有必然的联系，后者认为法律与道德具有必然的联系。虽然两种理论不断争论，但是两者的出发点却是共同的：法律与道德是两种不同的事物（极端的自然法理论除外），法律确证与道德确证是两种不同的确证形式。德沃金深信，在解释的层面上，法律与道德、法律确证与道德确证是一个事物的两个方面。

在前法律解释阶段，解释者仅依据以往经验确定解释的法律客体，此客体仅具有“暂时”的意义。就此而论，可谈论法律与道德的“暂时”区别。然而，在解释阶段及后解释阶段，解释者是在“规范性”地即带有道德目的和价值地解释法律，“……法律命题提出的是解释性的主张，因此，对这类命题的真实条件所作的任何有用的说明都必须是规范性的，而不仅仅是描述性的”[179]。这样，在法律的内容中，既可以看到具体的法律规则，也可以看到作为背景“根据”的原则、政策或政治道德准则，也可以看到法律的一般理论，而且颇为重要的是，还可以看到政治道德姿态。在此基础上的法律与道德并无实质性的区别。而且，解释者运用的确证方式与道德确证亦无实质性的区别。“我以为，……假定在所有法律制度中会有某种共同被承认的基本标准确定哪类准则为法律、哪类准则不是法律，是错误的。我说过，在像英美那样的有效的复杂法律制度中，不可能发现这样的基本标准，在这些国家里，在法律准则与道德准则之间不可能作出最终的区别……”[180]德沃金实质上是要表明，在解释阶段和后解释阶段，法律与道德，法律确证与道德确证，甚至法律与政治，法律确证与政治确证之间并不存在截然可以分辨的界线。因为，法律的解释或曰法律的形成最终是一种“应然”的道德理想或政治理想的追求。“法律的帝国是由态度界定的，而不是由领土、权力或程序界定的……法律的态度是建构性的，在解释的精神上，其目的在于为实践制定原则，表明通向更好未来的最佳途径，并对过去保持正确的信念。法律的态度最终是一种博爱的态度，表达我们尽管设想、利益和信念不同但在社会中如何团结在一起。归根结底，这便是为我们而存在的法律，为我们理想中的人，为我们理想中的社会而存在的法律。”[181]可以看出，德沃金试图用解释理论重新说明法律与道德的关系。

从方法论上看，德沃金提出“解释”的概念的目的，是要说明哈特一类实证分析法学的“通常的语言用法”方法不能有效地解释某些官员的“理论争论”。日常语言的分析方法存在着局限性。要突破这个局限

性，就必须采用更有说服力的“解释”方法。在“理论争论”中，法官实际上是在“建构性地解释”法律。

085　解释·法官的义务·法律性质（或法律效力）的来源

解释的观念，与认为法官遵守法律的义务最终来源于政治道德，有着密切联系。

在前面第050小节中，我们看到，凯尔森和哈特运用了不同方式来处理法律性质来源的问题。凯尔森的方式是“假设”，哈特的方式是“接受”。在逻辑推论的层面上，虽然两者都不具有充分的说服力量，但前者仍有优于后者的地方。因为前者既可假设性地说明法律性质的来源，又可假设性地说明法官义务的来源。而后者在可以说明法律性质的来源的同时，却不能运用于同样方式说明法官义务的来源。

比如，当问一个法官的具体判决为何具有法律效力，两者都可回答，因为它来自一个具体的法律规则；当问这个具体的法律规则为何具有法律效力，两者也可回答，因为它来自更高一级的法律规则……最后，凯尔森认为效力最终来源于一个假设的基本规范，哈特认为来源于事实上的“接受”。在此，两者的效果是同等的。

但当问法官为何要遵守一个具体的法律规则时，凯尔森可以认为，这是因为要求法官遵守这一规则的另一法律规则具有法律的效力，如此追问而产生的回答，最终将是：法官的义务最终来自基本规范的假设效力。而哈特在开始可以认为，法官遵守一个具体法律规则的义务，来自要求法官遵守该规则的另一个法律规则，而在如此追问而产生的最后回答中，他只能认为：法官的义务最终来自其他法官对承认规则的接受。然而，如果认为其他法官的接受行为可以成为一名

法官的义务，那么，其他已接受承认规则的法官的义务来自哪里？结论只能是：他们的义务来自于自己接受承认规则。

但，这是一个颇为不妙的循环说明的结论。此外，承认规则根据哈特的解说，是授权规则，与义务规则是不同的，如何从中推出法官的义务规则？在此可以发现，凯尔森的方式可以回避这个困难问题，而哈特的方式却无法回避。

当然，从法律的性质来看，这不是一个能否巧妙回避困难的问题。实际上，凯尔森的处理方式提醒人们注意：法官义务及法律性质的来源问题，与社会中事实上是否存在规则或者某种行为模式并无关联。

德沃金深知凯尔森思路的缘由，因此，与其类似，在追寻法官的义务和法律性质的最终来源时，同样将社会事实是否存在的问题置于次要的位置。但是，德沃金并不“假设”基本规范的存在，而是采用直接诉求政治道德要求的方式，来说明法官的义务和法律性质的来源。法官遵守法律的义务，最终来自法官对政治道德的认知，正是政治道德的要求使法官必须建立最完善的法律理论，并对法律制度作出完善的确证解释，以从中得出具体的法律结论。而法律性质便和政治道德的要求联系在一起了。

在此似乎应该同样认为，正如凯尔森选择了“假设”一样，德沃金选择了“政治道德要求”，这不是一个证明的问题，而是一个选择的问题。而在选择“政治道德要求”的基础上，提出解释性质的法律概念便是顺理成章的。

德沃金以为，在前解释阶段，法官确定人们以往经验中的法律是什么并无困难，因为，法官知道立法机关、法院、警察、行政机关和宪法，知道无数的类似《刑法》的法律例子。前解释阶段的认识是“暂时的”和“经验的”的感性过程，不是推理论证的理性过程。这一阶段的认识上的一致性是必要的，同时也是正常的。因为这是法官相互争论的必要起点。[182]

但是，有论者指出，法官知道这些并不意味着已把握了法律的一般性质和结构，而对这类性质和结构的认识是十分必要的。德沃金“对各种法律例子如此粗糙的描述，不足以回答人们经常对法律的存在提出的重要问题。这些问题不是运用道德和政治证明正当的问题，而是法律现象的结构或构成及其相互关系的问题。回答它们对理解法律是至关重要的”[183]。如果在帕尔玛案件中，格雷法官和厄尔法官以及一般公众都认为遗嘱法是存在的，具有法律效力，但是并不知道理由何在，那么，使其知道理由何在则是有益的。这样才会使其更好地把握法律现象。如果人们处在不同的政治道德观念之中，那么探知理由何在更显重要。在这种情况下，对于法律存在或效力的理解，则更依赖对法律性质结构的一般理解，而非道德政治方面的确证。德沃金既然承认前解释阶段的存在，那么也应承认对法律一般性质结构的认识的必要性。[184]

针对上述意见，德沃金可以补充认为，第一，任何解释争论都会存在一个初始的阶段，在此阶段中，对解释客体只能大体经验性地把握，即使说明了为何遗嘱法具有法律效力，同样存在对这一前提说明的理由的初始经验把握的问题。对任何解释说明总存在一个初始的感性认同。第二，不同的政治道德观念，正使法律实践中的争论成为不可避免的争论，使法律实践中对法律一般性质结构的统一认识无法形成。假设在这一阶段可以形成较为统一的对法律一般性质结构的认识，那么便不会存在法律实践中的“理论”争论，更不能说明就法律而

言政治道德观念是如何不同的。此外，“理论”争论的存在，实际上已经表明人们不会也无须在前解释阶段形成统一的法律性质结构的认识。在“理论”争论中，人们正是运用不同的对法律性质结构的认识进行争论。因此，前解释阶段的存在并未证明这类统一认识的必要性。

但是，在下一小节，可以看出德沃金的这一解释似乎并不完全正确。

087　解释的确证·恶法

德沃金以为，法律解释过程包括一个“解释”阶段，在这个阶段中，法官要为自己在前解释阶段确定的法律材料提供“证明适用这些材料是正当的”的理由。

有论者指出，这似乎过于简化了解释态度的复杂性。有时人们对某些“主张要求”并不这样确证。比如，当某人在马路上对另一人提出“现在把钱拿出来，否则杀掉你”，听者如何解释这个要求？显然，听者不会在前解释阶段已确定的材料基础上对其提供“适用其是正当的”的理由。听者对其最佳解释最多也是“它应该是一个幽默的玩笑”，他不可能将自己的目的加在这一“要求”之上，并使其在其所属的整体“要求”（比如要求马路上的所有行人交出钱）之中成为最佳范例。“无论怎样，在这种情况中，尤其是结果与我有颇为严重的利害关系时，我并不想知道这‘要求’如何最佳，而只想确切知道它实际上是好还是坏。”[185]“德沃金没有给出理由说明，解释实践的目的论阐明，即一个使解释观念受解释目的影响的阐明，蕴含着解释者应使其客体在某些设想的事业中‘尽可能最佳’。”[186]

与此类似，另有学者指出，解释确证的概念难以解释恶法的情况。在遇到恶法如纳粹法律时，人们确定了它是恶法以后通常不会证明适用它是正当的，或者，根本不存在作出确证的愿望或动机。这表

明，有时在前解释阶段凭经验确定的对象，人们并不一定在解释阶段对其作出确证。因为他们清楚，如果作出确证，则确证根本不是产生正当道德理由的确证，而只能是对邪恶法律的邪恶证明。而对于适用恶法的正当性的最佳证明，只能是对邪恶法律的邪恶原则的最邪恶的证明，根本不能构成道德上证明正当的形式，并产生一个关于权利义务的道德理由。[187] 人们一般不会证明，适用邪恶的法律是正当的，而清楚地看出一种法律是邪恶的法律，从而不去证明适用它是正当的，正是依靠人们在前解释阶段对法律一般性质的认识，并在此基础上清楚地区别法律与道德。

这些反驳观点暗含着这样一种观念：当人们的利益处于不利境遇或对象与人们的价值观念冲突激烈时，人们并不会像德沃金所说的那样解释对象，因此，即使在实践中也不能忽视人们对解释对象的另一种解释态度；而且，人们此时的态度，与在前解释阶段用一般的法律概念确定法律对象，似乎有着密切联系。

德沃金以为，任何“解释”阶段面对的都是具体的法律文化，这样，不同解释者对所谓的恶法便会具有不同的解释态度。如果某个解释者基于经验认为纳粹法律是法律，从而在“解释”阶段作出某种确证，这并非是件根本不可能的事情；反之，某个解释者基于经验认为纳粹法律根本不是法律从而不去确证，这同样是可能的。当然，如果一位发现英美法律之最佳解释的法学家认为纳粹法律是法律，但同时又拒绝对其作出确证，那么他是在“前解释”意义上作出恶法是法的表示，而在“解释”意义上作出拒绝确证的表示。[188] 因此，认为某种法律是法律但不对其作出确证，并非一定是因为对法律一般性质具有明确的认识并且清楚地区别了法律与道德，而可能是因为，在“前解释”阶段一般经验发挥了作用，而在“解释”阶段政治道德的信念发挥了作用。

但是，如果某人可以在承认恶法是法的同时拒绝对其作出确证，那么此时法律怎么可能成为“解释性的”法律？在解释阶段及后解释阶段，法律岂不已经不存在？可以发现，德沃金在此问题上的回应是脆弱的而且也是别扭的。[189]

088　解释的概念·法律的概念

从上面的分析讨论中可以看到，无论是“理论争论”的概念，还是由此阐发的“解释”概念，都未能令人信服地说明两个问题：没有争议的“简单案件”的存在，“恶法”的存在。其缘故，恐怕在于德沃金的视野仅集中在了“隐含法律”上。对于没有争议的“简单案件”的存在和“恶法”的存在，“明确法律”的概念是一个有效的说明工具。

德沃金的确证明了在法官争论中存在着一种“理论争论”，证明了“隐含法律”的存在，而且，在这一方向上证明了法律的解释性质和法律本身深刻的人文性质和政治道德性质。但是，正因为有效地说明了这些现象，其理论从而不能说明法官为何有时没有“理论性”的争论，不能说明“明确法律”（相对而言，实践中它与背景“根据”并无明显的联系）的存在，不能在另一方向上说明法律的“描述”性质。似乎只能认为，德沃金的理论像其他许多理论一样，只说明了部分的法律现象。在逻辑上，当说明法律也包含“隐含法律”，而“隐含法律”无法用具有“识别功能”的基本标准加以确定时，德沃金极为可能是正确的。然而，当认为“隐含法律”是解释性的，从而认为所有法律都是解释性的时，德沃金则可能是以偏概全的。

其实，德沃金也许本身就认为：根本不存在既说明“隐含法律”又说明“明确法律”的可能性，因为它们完全属于不同性质的事物。当德沃金仔细说明规则与原则等准则的区别[190]以及“隐含法律”与“明确法律”的区别时，其似乎已预支了这样的答案。但是，为何人们都将它们

称为法律（德沃金自己也承认这一点）？人们都将其称为法律本身不就是一个证据证明它们具有共同的地方？

就此而言，似乎可以认为，正像某些法律理论关注了简单案件的存在，从而选择了明确规则法律理论的姿态一样，德沃金的理论同样是关注了疑难案件的存在，从而是另一种姿态的选择。

089　法律·解释者

在德沃金的解释理论中，法律最终存在于法律解释者的解释之中。从阐释学的角度来看，在一定意义上可以认为，与现实主义法学和哈特的理论类似，德沃金强调了“读者”决定论，即认为法律的意义或知识存在于“读者”的阅读之中，因为，德沃金尤为注重解释中的“确证”（出现于解释阶段和后解释阶段）。但是，这种解释既是确证性的，又是说明性的（出现于前解释阶段并以“树干”观念为起点），而且根本不能将法律“范例”弃之一边，这样，德沃金似乎实际上在主张法律存在于解释者与解释对象的相互作用之中。

在分析法学中，“读者”是不重要的，“作者”（即主权者）在法律的意义上具有决定性，因此，所有的法律只能是一般性的普遍规则。在现实主义法学中，“读者”总是不同的，因而所有的法律只能是具体的，它和法律适用者的具体判决是同一的。在哈特的理论中，“读者”一方面具有一定的相同性（内在观点），语言存在确定的意思中心，但另一方面语言存在模糊的开放结构，这样，有些法律是一般的，具有规则的普遍性，有些法律则只能是具体的，具有法律适用者自由裁量的特殊性。而在德沃金的理论中，“读者”虽然各有不同，但是，他们总是在特定语境中进入“解释”的，他们不仅具有前解释阶段、“树干”观念，而且都在尊重特定语境中存在的法律“范例”的条件

下，建构性地解释法律，于是，所有法律既是具体的又是一般的，既有具体判决的意义，又有普遍规范的意义。[191]

在前面第075小节，我们提到过，法官在“理论争论”中依赖的一般背景“根据”的对立性，要求德沃金必须正视“争论”中是否存在一个正确答案的问题，否则，其理论只能走入现实主义法学极端怀疑论的理论陷阱。德沃金的确认为，在疑难案件或“理论争论”中原则上存在着一个唯一正确的答案。在下面第096小节，我们将详细分析这一问题。在此，只需说明这一观念使德沃金的解释学说避开了纯粹的“读者”决定论。

三、内在参与者的观点

在里格斯诉帕尔玛案中，格雷法官和厄尔法官的争论，既是具体实践层面上的，又是一般理论层面上的。在其依赖的背景“根据”中，存在着一般性质的法律概念。格雷法官的法律概念可能是：立法机构制定的白纸黑字是法律。厄尔法官的法律概念可能是：除白纸黑字之外立法者的意图也是法律。从各自角度来看，格雷法官是在一般性质的法律概念的基础上，结合目的和政治道德，对遗嘱法进行建构性的解释。厄尔法官同样如此。法律的解释过程，融会了一般性质的法律概念和政治道德的姿态。

因此，德沃金认为，理解、说明并提出一般性法律概念的最佳角度是内在参与者的观点，而不是外在观察者的观点。

什么是“内在参与者的观点”？根据德沃金的理论，可以认为，这种观点就是作出法律确证要求的法律实践者的观点。它类似哈特的“内在观点”。两者都具有规范的态度，其语汇中都存在“应该”“必须”“这样是正确的”等规范性质的词句。但是，两者的重要区别在于前者并不

预设某种规则或准则的存在，而后者却有这样的预设。[192]同时，“内在参与者的观点”不仅是一般实践者的，而且是内在于作为法学家的观察者的，是观察者自己规范态度的体现，而“内在观点”体现的态度虽然也是一般实践者的，但同时是外在于作为法学家的观察者的，它是被观察者的主观体现，与观察者无关。此外，“内在参与者观点”的主体是积极地确证法律，而“内在观点”的主体是消极地确证法律。

090　实践中的一般理论和理论中的一般理论的同一性

通常认为，法律实践者与法律理论者（或法学家）是不同的。法律实践者解决的是具体的实践问题，法律理论者探讨的是一般的抽象理论。法律实践者一般并不关心法律性质、特征或概念的一般抽象问题。但是，通过对帕尔玛案中法官不同意见的分析，可以看出，格雷法官和厄尔法官不论是否自觉，的确都在使用一般的法律概念的理论。事实上，任何一个法律实践者在解决实际问题时，都要思考法律具体是什么，而且，都会在潜在的“一般法律概念”的引导下，思考这一具体问题。当其“寻找发现”法律时，其已预设了一个一般的法律概念。为什么格雷法官认为应以遗嘱法的白纸黑字为具体法律内容的依据？为什么厄尔法官认为应以立法者的恰当意图为依据？显然，因为格雷法官认为，法律是指那些权威机构制定的明确规则；厄尔法官认为，法律是指权威机构的明确规则和意图目的。而这些观念，正是人们所说的“一般法律概念”。

分析法学说，法律是主权者发布的一般性命令；格雷说，法律是法官所说的内容；霍姆斯说，法律是对法院判决的预测；现实主义法学说，法律是官员的具体行动；哈特说，法律是主要义务规则和次要授权规则的结合……这些一般性质的法律理论概念，和格雷法官与厄尔法官主观中潜在的一般法律概念，在理论性质上并无实质的区别。

因此，德沃金总是认为：“法律哲学家对任何法律推论必须具有的一般性问题，对任何法律推论必须具有的解释基础，具有不同的意见。我们可以将硬币翻过来。任何实践的法律推论无论怎样具体或局限，都预设了法理学提供的那类抽象基础。当对立的抽象理论基础相互对抗时，一种法律推论总是接受一个而拒绝其他。所以，任何法官的意见本身就是一篇法律哲学，即使这种哲学隐而不露，即使显而易见的推论充满了条文引证和事实罗列。法理学是审判的一般部分，是任何法律判决的无声序言。”[193]

091　一般法律概念理论的“描述性”（descriptive）与“规范性”（normative）

在帕尔玛案中，可以发现，格雷法官和厄尔法官的一般法律概念并不是“客观的、中立的”。与一般法律理论家设想的不同，他们的法律概念既是描述性质的，又是规范性质的。一方面，他们会凭以往经验确定法律实践中人们一般认为的“法律概念”；另一方面，他们会依据自身的目的与价值判断，来改变或修正或保持这样的概念，从而最终确定一个一般的法律概念（尽管有时是无意识的）。在实践中，他们深感自己属于一个责任在身的社会角色，作出的判决将对社会中的具体当事人的权利义务具有决定性的影响。因此，这种法律概念被融入了“应然的追求”。对于大多数法官来说，情况也是大体如此。即使一名法官认为，应“客观中立地”运用一个法律概念来寻找具体的法律从而判决案件，这一态度本身也是一种对应然价值的认同。因为，他认为，“客观中立”是法律的一个基本价值，其目的在于防止恣意妄为的因素出现。

另一方面，德沃金确信，法官遵守法律的最终义务并不来自社会已经存在的某种规则，而是来自规则之外的“应然要求”。[194]格雷法官和厄尔法官认为应该遵守遗嘱法，这是一种法律义务，但是，这一

义务来自何处？如果认为来自宪法的要求，那么遵守宪法要求的义务来自何处？……可以看到，任何遵守法律义务的链条终端，对法官而言，都将是其主观“应然追求”的一个结果。这也说明，实践中的“法律概念”不能离开规范性质的追求。

092　内在参与者的观点

法律实践中的法律概念与理论中所说的法律概念，在理论性质上是同一的。而且，这一概念既是描述性的又是规范性的。这说明了，为什么会存在“理论争论”，为什么会存在“建构性的解释”，而且有力地说明了，为什么法律实践中的参与者不会采用一个所谓“统一客观中立的”法律概念。不论何种法律理论提供何种的法律概念，法律实践者总会在实践中，根据自身的政治道德姿态来选择确定自己的法律概念。法官在争论时是在解释法律，在解释法律时是在形成一般理论的过程中证明自己的法律观点的正确性，证明这种观点在整体法律中的最佳性，证明这种观点在政治道德文化中的优先性，而所有证明过程又带有目的性。

如果法律实践参与者不可能采用同一的法律概念，那么，为准确理解法律现象或法律概念，似乎就不能采用一个外在观察者的观点，而应采用一个内在参与者的观点。

德沃金指出，如果想对法律实践作出真实的说明或解释，法学家必须采用法律实践者的“内在参与者的态度”。换言之，法学家不仅应描述性地而且应规范性地解释法律。“与其他社会现象不同，法律实践具有确证性质……法律实践的这种确证性质可以用两种方式或从两种观点加以研究。其一是社会学家或历史学家的外在观点，比如社会学家或历史学家询问某种法律确证类型为何在某一时期而非另一时期，在某一条件下而非另一条件下产生。其二是作出法律确证要求的法律

实践者的内在观点，他们最终的兴趣不在历史的因果，尽管可能会想到相关的历史。”法学家的“历史学家式的感受只有包含一个参与者的感受才能是更为具有说服力的。因为，只有具有一个参与者的理解，具有自己的对法律实践中的确证的好坏的感觉，他才能将法律理解为确证性质的社会实践”[195]。

这意味着，为了真正理解法律是什么，理论者应该体会格雷法官与厄尔法官那样的实践参与者的内在观点，应该像他们一样确证自己的法律理论。

093　内在参与者观点的意义及理由

“内在参与者”的观点，是德沃金法律理论的基石。这一观念的提出，目的在于揭示哈特理论以及其他一切法学（包括自然法学）认为可以客观地观察法律现象的观念的不当。这些法学，在分析法律现象时，都将法律的一般理论和法律的实践活动在理论上分割开来。这意味着法学家的研究与法律家的操作，法律理论的形成与法律实践的展开，可以完全分属不同的研究领域或范畴；意味着尽管法律制度难免具有价值倾向，但法律理论可以是价值中立的。实证法学主张，分析法律的一般特征、结构和形式是十分重要的，法律与道德没有必然的联系，这表明实证法学者对“法律是什么”这一问题，选择了“外在观察者”即外在于法律实践的观察者的视角。自然法学主张，形式上或内容上符合道德或正义的要求是法律的必要条件，[196]法律与道德具有必然的联系，同时它们通常并不拒绝分析法律的一般特征、结构与形式，这表明，自然法学同样选择了“外在观察者”的视角。这样，它们都自觉或不自觉地假设了法律理论的纯粹理论性质，假设了法学家可以像自然科学家那样在被观察的现象之外观察现象。

然而，假如“理论争论”的确是存在的，法律实践者总是在建构性地解释法律，而且法律具有解释性质，其不仅包含了具体的法律规则，同时包含了作为背景“根据”的原则、政策或政治道德准则，甚至一般性质的法律理论本身及政治道德姿态，那么，在法律现实中，所有这些理论都将事实上成为解释性质的法律的一部分。因为，在法律实践中，实践者在争论解释法律时，总会运用各种一般的法律理论，这些理论总会与以往一般法律理论提出的法律概念有一致的时候，当法律内容最终形成时，它们已经成为法律的一部分。在这个意义上，法律理论是一种“责任性”的理论，它决定了影响社会中权利义务的法律内涵。它不仅事实上而且应该具有一种规范性质的品质，从而不同于通常意义的自然科学理论。

此外，在面对现实的法律问题时，以往法律理论本身就希望能够产生有力的影响。这似乎便使其出现了“理论与现实的内在矛盾”。比如，哈特的法律理论，在阐述法律一般性质时采用了外在观察者的观点，但在面对战后纳粹德国法律应否视为法律的问题时，又用一般性法律理论来表明自己的实践姿态，从而采用了内在参与者的观点。[197]而一方面想客观中立地观察，一方面又想在实践中有效干预，这在一个理论者身上是难以实现的，同时，对于一个理论来说似乎也是非分的要求。实际上，当希望能对法律实践产生影响时，法律理论已然融入了内在参与者的观点之中。在内在参与者的实践中，即使是所谓“客观中立的”理论，也将可能面临“理论争论”的境遇。而且，从更为广泛的意义来说，所有的法律理论不论自觉与否都有实践姿态的印记，因为，从法律出现于人类社会起，人们便赋予其某种价值期待了。

当然，如果法学家非要采用“外在观察者”的观点，那么，其所建构的描述性理论只能为法律实践者所不睬，因为他所建立的法律理论在实践中毫无意义。[198]

与此相联系，德沃金提出“内在参与者观点”的另一目的，在于揭示哈特理论以及其他众多法律理论观察法律实践的基本目的的不当。这些法学，在观察法律实践时，基本目的是要在对象中找出某些要素以说明法律的基本特征。实证法学认为，这些要素包括以官方形式出现的某些历史事实或社会事实，比如“主权者发布命令”（边沁、奥斯丁）、“法官发表法律是什么的言辞”（格雷）、“人们对法院判决作出预测”（霍姆斯）、“法官作出判决”（弗兰克）、“官员表现出‘内在观点’”（哈特）、“官员接受‘承认规则’”（哈特）等。实证法学试图以这些表明法律的独特品质。自然法学认为，这些要素包括道德上的基本要求，比如“正义”（阿奎那）、“理性”（古典自然法学派）、“程序上的公正”（富勒、罗尔斯［John Rawls］），亦希望用这些要素解释法律所以成为法律的必要条件。然而，“理论争论”中的解释者的主观状态表明，其基本目的不在于找寻对象的某些要素，而在于证明解释者具有的法律一般理论是法律实践的最佳解释，证明这种一般理论是法律实践的正当理由。这类解释者面对法律实践时在基本面上并不遵循先定义后追求的过程，而是从追求到追求，始终将目的性质的确证作为自身的基本目的。如果这类解释者的情形是无可争辩的，上述法学预设的基本目的便需他们自我反省、自我质疑。

内在参与者的观点，要求人们对法律理论的目的进行反思，同时，要求人们对法学家的社会角色进行反思。

094　内在参与者的观点·外在观察者的观点

但是，有论者认为，作为内在参与者的法律家与作为外在观察者的法学家，毕竟分属不同的社会角色。法律家，在法律实践中有一种特定的法律义务，换言之，他必须履行自己的职责，必须对具体的法律问题作出具体的法律结论，而且要为此承担相应的法律责任。而法学家，在研究法学问题时并无这样的特定义务。他可以提出这样或那

样的法律理论，也可以闭口不谈任何的法律理论。无论提出哪种法律理论，无论提出与否，法学家都不会因此而承担任何的法律责任。这样，在一定意义上，法律家的一般法律理论与法学家的一般法律理论总是不同的，前者的语境包括“责任”，后者的语境并不包括。也因此，没有理由要求法学家必须像法律家那样提出法律理论。批评者指出：“法律理论家……能够而且的确理解法律和社会道德而不承担义务。当然，如果他没有在某些情况下亲身涉及遵守某些规则和原则的价值承诺，他便根本无法理解任何他人如何认可规则或原则的权威。出于自己的人性，他设身处地，在解释别人的实践和态度时体谅他们的人性。因此，他能够解释诸如要求种族歧视和禁止种族之间通婚的规则，即使他本人认为这些规则是可恶的（事实上我认为是可恶的）。作为一般理论家，他的确能够用一般词语说明任何规则在任何社会中的条件。他力求‘从内在观点’按事物面貌理解事物，即使他完全否定那些事物的价值……所以，应该注意，在某种意义上，理论家的立场就任何特定的实践而言都是局外人的立场，而只有对理论工作除外。”[199]

此外，另有批评者认为，法律家在思索一般法律理论时通常具有明确的实践目的，他要解决实践中的具体问题，而法学家在思考一般法律理论时有时可以不具有明确的实践目的，有时无须解决实践中的具体问题。这同样表明法学家并非必须要像法律家那样提出法律理论。[200]

如此分析，似乎只能认为，德沃金的观点与其说是论证，不如说是建议。似乎不能说，法学家必须要采用法律家的视角，而只能说应该这样做。而这样做的结果可能的确会增进我们对法律现象的理解。

然而，在论证层面上，德沃金的理论可能存在另一理由。试举例说明。假设欲对数学作出一个描述性的说明，如数学是什么、数学有

何作用、数学处理什么问题等。如果本身不是某类数学家，能否作出这样的说明？可以设想，对数学越为熟悉，则越能较好地说明数学。因为，从事数学研究的人的兴趣就在于“投身”数学研究。这对法律来说同样如此。对法律越为不熟悉，便越无法对其作出描述性的说明。在法律实践中，实践者的描述更为不能脱离于自身的投入和价值理解。如果某人完全没有“投入”的体会，他能否提出一个恰当的法律说明?

异议者可能认为，虽然越熟悉越“投身”数学越能说明数学，但这不意味着不熟悉不“投身”数学的人根本不能作出有关数学的陈述。比如，一个不会做代数题或计算的人，仍然可以作出如下一般评论：“数学揭示了真实世界事物之间的关系”，“数学可用于航天工程”。另一方面，有时，正是与数学实践保持一定距离的人，才会作出这样有意义的陈述，因为他并未沉浸于计算之中而失去对计算本身的其他判断。在法律中，情况更是如此。如果认为只有法律实践者可以恰当地说明法律，那么，这便忽视了一种较为适度的外在观察者观点的价值。这种观点，在面对纳粹那类恶法时，要比投身于该法实践中的纳粹法官的观点更能说明这类法律的真实意义。因此，与实践保持一定理智距离的理论是最佳的，而越投身于事物之中则越可能无法冷静清晰地说明事物。[201]

这种异议可能部分错误，部分正确。就前者而言，当一个不懂代数或计算的人作出有关“数学如何如何”的陈述时，他只能依赖他人告诉他何为“数学”，并在此基础上使用“数学”这个词。如果他人讲述了各种“数学”的含义，他将以哪种为准？显然，在此他将处于一种困难的境地，而一个懂得代数或计算的人便不会面临这种困境。对于法律理论，情况也是如此。因此，异议可能部分错误。[202]

就后者而言，内在参与者观点的核心在于：证明法律理论对法律实践作出了最佳说明，证明在其理论中法律制度是正当的。然而，面对纳粹那类恶法时，理论者不会而且也不应采用这种观点，不能像纳粹法官那样投身于“确证”之中。在这种法律面前，知其是法律而不对其作出确证，才是真正的责任所在。在此，正如“法律解释性质”的理论不能说明恶法一样，“内在参与者观点”的理论同样不能说明恶法。因此，异议可能部分正确。

四、唯一正确的法律答案

从法律知识的角度来看，如果德沃金的内在参与者的观点是正确的，那么，通常所说的法律理论似乎难以具有客观知识的地位或身份。当断定一般意义的法律是什么的时候，这种断定自然不是纯粹的客观知识，它包含有判断者的价值观念与道德倾向。对于他者来说，这种非纯客观的知识，或许是不可重复的。当格雷法官想到一般法律的概念是什么的时候，厄尔法官可能想到的是另一类法律的概念。这样，实证分析法学希望的先说明后评价的顺序不可能存在了，这两种活动极为可能是同一过程的两个方面。一般意义的法律知识，就其是否可以“纯粹客观”而言，因而具有异质性。

此外，“隐含法律”是在内在参与者的观点中展现的，这样，对“隐含法律”人们便无法具有通常所说的具体意义的法律知识。在法官作出法律决定之前，人们同样需要像法官那样进行推论从而获得具体的法律知识。而且，由于人们各自的推论内容及过程的不同，人们有可能获得相异的具体法律知识。

但是，这并不意味着推论中的一般性质法律知识和“隐含法律”中的具体知识，完全是主观任意的，因为，内在参与者的观点在另一种意义上，要求理论者必须建立一个最完善的法律理论，这一理论可以

证明法律制度是正当的，同时证明一个具体结论（或知识）在法律制度中是已蕴含的。于是，从内在参与者的观点来看，在原则上存在一个唯一正确的法律答案（或知识）。[203]换言之，法律知识失去“纯粹客观性”并不意味着失去了“正确性”。“法律不是一个个人或党派政治学的问题。”[204]

095 外在观察者和内在参与者眼睛中的“主观性与客观性”

在里格斯诉帕尔玛案中，法官可以在许多层次上不断展开自己的论点论据，说明为何这样判决或那样判决。

现实主义法学以为，对这类争议案件可以具有不同的观点看法，实际上，法官无法在客观意义上证明自己观点的正确性。因此，人们只能听凭掌握权力的法官或权威作出自己的判决。现实主义法学的一个假定是：当从外在观察者的角度观察案件争议时，根本无法认为谁是正确的。有人会说，即使法律规定不明确，但仍可寻找正确的政治道德观念来解决案件。但现实主义法学可以继续认为，依赖政治道德观念解决问题已不是“法律上”的解决了。这本身已说明法律解决不存在一个正确的答案。概言之，如果站在一个客观的外在观察者的角度看上述案件的争议，必须承认其中没有正确的法律答案。[205]

与此类似，哈特认为，当依据承认规则确定的法律规则没有明确规定时，法官只能运用自由裁量权作出判决。因为，语言存在着“开放结构”，在开放结构的领域，任何人不能认为自己的语言用法唯一正确。一个客观的外在观察者会承认，开放结构允许人们自由表达自己的语言理解。因此，在里格斯诉帕尔玛案中，必须允许法官按照自己的主观价值判断解决案件。从外在观察者的角度来看，现实主义法学的观点是正确的。

现实主义法学和哈特认为在疑难案件中没有正确答案，既有实质上的理由，也有方法上的理由。实质理由是：一切价值判断都是主观性的，不存在客观的尺度来衡量谁是正确的。方法理由是：某人如果的确客观地站在一个外在观察角度来分析价值判断问题，便会承认，任何一方的价值判断都有存在的合理性。

在第035小节，我们讨论过几种反对现实主义法学怀疑论的理由。这些理由虽然强调了法律判决根据的分量问题，但是，其同样是从外在观察者的角度来看法律判决的主观性与客观性。此外，由于从外在观察者的角度来看问题，这些理由，便通常被人视为并不具有充分的说服力。因为，人们显然可以像现实主义法学那样提出反问：有何客观标准来证明一个理由更有分量？如果站在外在观察者的角度，只能看到双方不断增加新的理由，一方可以不断增加，另一方同样可以不断增加。[206]

现在，我们尝试不从外在观察者的角度看问题，而是从内在观察者的角度看问题。

在进入上述案件的法律争论中时，我们假设自己是一名负责任的法官，必须要对争议作出判决。可以体会，作为一名负责任的法官，我们将会全力寻找判决理由，将会竭力分析他人的观点为何错误，而且，最为重要的是，我们完全相信自己的观点更有说服力，更有分量。如果认为帕尔玛没有法律上的继承权利，我们便会运用自己的政治道德的理论和法律理论来全力论证自己观点。

显然，当以内在参与者的角色进入法律实践时，人们通常便会具有自己的责任感，而且，这种责任感会使人们认为在自己想到的众多观点中只有一个观点是正确的，或只有一个观点最有分量。如果准备判决帕尔玛失去继承权，内在参与者便会认为，存在充分的理由证明这一判决是唯一正确的。他会认为，除“不能因过错而获利”之外，其

他一切理由都不具有决定性的证明力量。而且他会认为，此时不存在“主观性”或“客观性”的问题。如果某人在一旁认为“你的观点一定是主观的”，那么，这对其来说是没有意义的。因为，他要解决实践问题，要判决帕尔玛是否有权获得遗产。他不会而且也不应在判决时仍然怀疑自己观点的唯一正确性。

鉴于此，德沃金以为：“参与者的确有理由更为喜欢一种立场，或者，他们至少认为他们的确如此。即使存在着争论，即使每个人都认为可以区别异议者自己有真正理由和异议者没有这两种情况，也是如此。”[207]“如果独立的观察者或评论者成为一个参与者，那么，当争论时他如何可能没有自己的信念？如果他没有，参与者可以恰当地怀疑他是否有能力判断参与者之间的争论。”[208]当人们认为自己分析的一部文学作品的“目的”优于他人解释的“目的”，而且可以提出理由说明这一点，那么，人们正是在文学解释实践之中进行论证。如果人们不认为所有解释因为具有主观性因而同样不错，那是因为人们清楚地认为自己的观点是正确的。[209]唯一正确答案的主张，“是在法律实践之内作出的，而不是在某种被假设的可移动的、外在的、哲学的层面上作出的”[210]。

德沃金相信，在道德法律领域中制约当代理论的所有客观性问题是虚假的问题。[211]“我们应该尽最大的力量为我们自己的信念作出说明，做好充分准备抛弃那些未经深思熟虑的观念。我们应该向那些持异议的人作出这样的论证……”[212]所以，在上述案件中，在一个内在参与者看来，一定存在着唯一正确的答案。[213]

可以看出，德沃金通过一种观察视角的转换消解了法律认识的主观性与客观性的问题。德沃金敏感地觉察，从通常所说的独立的、中立的外在观察者的角度看去，现实主义法学和哈特的怀疑论的确具有一定的辩解力。如果承认怀疑论是无可反驳的，那么，在相当部分的

法律领域内法律不具有统一性，便是一个无法回避的结论。但是，德沃金确信，当法律不具有统一性时，当事人的权利与义务便不会具有统一性。如此，势必不能认真地看待当事人的权利与义务，而一个不能认真看待权利义务的法律肯定不是真正的法律。因此，当实践者身处法律实践时，其责任便在于找寻正确的法律答案来回应当事人权利义务的要求。换言之，法律实践者不仅会有，而且应该具有一个正确的法律答案，因为，他必须“认真地看待权利与义务”[214]。在这个意义上，现实主义法学和哈特的怀疑理论，在实践中是种不负责任的法律理论。

但是，有论者认为，德沃金并未铲除主观怀疑论，而且，其本身可能是一种更为主观任意的理论。一方面，如果试图铲除主观怀疑论，便必须证明通常意义所说的客观正确结论是存在的。在前述帕尔玛案中，只有证明一个判决是没有异议的而且客观上正确，才能说明主观怀疑论的确无法立足。内在参与者的概念，实质上是从另一角度肯定了主观怀疑论。因为，实践者不能否认提出的观点是自己的观点。德沃金自己便承认：“在实践活动中，我们论证并且相信一定的命题，比如‘奴隶制是非正义的’……但是站在这个实践活动之外，我们知道没有这样的命题是真正的客观的真理。”[215]另一方面，如果实践者坚持只有自己是正确的，那么，这便是缺乏自我反省的一种表现。倘若主张内在参与者的理论便是极端负责任的法律理论，那么，对当事人的权利义务而言，它则更可能是更为极端的强压式理论。德沃金的内在参与者观点的主张，实际上是一种“帝国式的”（imperialistic）观点。[216]

德沃金以为，这种批评本身便是不当的。因为，其将自己仍然设置在一个貌似客观然而虚设的立场上。其实，任何真正有意义的批评都是实践中的批评。在实践中，尤其是在案件的审判实践中，上述批评者的批评不仅是没有意义的，而且可能是根本无法提出来的。此

外，“‘中立’和‘现实’是什么的问题，对任何实践来说都是一个实践之中的问题，所以，道德判断是否可以客观这一问题本身就是道德问题，在解释之中是否存在客观性这一问题本身就是解释问题”[217]。并且，在类似里格斯诉帕尔玛的争议案件中，实践者根本不会提出应找人人同意的纯粹客观的判决理由的要求，实践者仅仅会思考，如何确证自己的判决理由。在实践中，如果怀疑自己的判决可能是错误的时候仍然判决，那么，实践者只能是一个理智不正常或道德不正常的实践者。

应该认为，德沃金观点的价值，不在于能否证明主观怀疑论是错误的，而在于这种观点开辟了一条新的思路。这是说，过去许多法律理论在法律实践中的判决的主观性和客观性的问题上争论不休，徘徊不前，其原因是否在于它们的基本出发点有问题？在实践中去思考判决的正确与否，显然是法学理论的一个新视域。如果承认一般法律理论和实践中的法律理论是同一的，那么便不能否认这一新视域的重要意义。

096　能否获得唯一正确的法律答案

当然，仅有一种责任感或义务感，仅认为自己的法律结论是唯一正确的，并不一定就可以真正获得一个唯一正确的法律答案。因此，德沃金向人们说明了，在实际解释过程中如何可能获得一个正确的法律答案。

具体而论，法律解释可以根据已有的各种法律材料对整体法律实践作出最佳解释，从中解释出具有一致性的或整体性的原则体系，然后，在此基础上对实践问题作出法律上的最佳判断。[218]这个最佳判断就是唯一正确的答案。在里格斯诉帕尔玛案件中，法官首先应对整体的已确立的制定法体系和整体的普通法实践作出最佳解释，找出比

如就“能否因过错而获利”而言，一致性或整体性原则是什么。当把握了法律体系中潜在的一致性或整体性原则之后，他便有理由认为哪种判决更为符合这个原则体系。在此应注意，德沃金认为作为具体法律明确规则的背景根据之一的政策，不应成为一个考虑依据。因为，政策具有临时的性质，是社会集体对当下社会需要作出反应的目标体现。以其为依据不能获得唯一正确的法律答案。而法律原则可以作为一个依据，因为，法律原则最抽象的政治道德基础是“平等对待、平等关怀”，在此基础上，法律才能具有一致性和整体性。

德沃金确信，在此，存在着两个自觉性质的“约束因素”，可以使法律实践者得出一个更好或唯一正确的答案。

首先，法律实践者的解释法律是在一个“前解释”基础上逐步展开的。在前解释阶段，解释者不仅要确定想要说明的客体在人们以往经验中的含义是什么，而且要确定客体之中的范例是什么。人们会同意，刑法、婚姻法、继承法以及其中的规则是典型法律。这些人们不会具有争议的法律典型便是法律实践中的范例。任何解释不会而且也无法摆脱这些范例而另辟道路。这意味着，法律实践者的解释和法律实践中的范例存在着“适合”（fit）关系。这便约束解释者在“法律制度”的范围内进行解释。

其次，当实践者具有多个法律解释可以“适合”已经存在的法律实践范例时，解释者自己便会“在考虑所有事情之后，判断所有这些合格的阅读之中的哪一个使实践中的本文呈现出最佳状态”[219]。这就如同在文学评论中，出于审美的目的，评论者自然会使作品的阅读呈现出最佳状态。

因此，在“自觉”意义上可以认为，“约束是‘内在的’和‘主观的’。尽管如此，从现象学来说这种约束是真实的，而且重要之点就在这里。我们正在尝试从解释者观点来理解解释与什么相类似，从解释者

观点来看，他感觉到的约束是一个真正的约束，就好像人们对其无可争议，仿佛任何其他人都会像他一样感到约束的力量”[220]。

可以看到，由于主张内在参与者的观点，在德沃金那里，“法律是什么”的问题便不再是外在观察者的问题。外在观察者的回答对实践者是无意义的。因此，如果想知道法律是什么，就必须将自己设想为一个实践者，并设想在实践中将如何回答这个问题。同时，在内在参与者的观点看来，“唯一正确答案”是存在的。因此，在实践中，人们不仅可以具有一般性的法律知识，而且可以具有具体性的法律知识。当然。此时的法律知识已完全不同于外在观察者的所谓客观知识。德沃金的学说，一方面使分析实证法学的客观中立的法律知识的理论无法确立；另一方面，又使现实主义法学的法律知识虚无理论难以作祟。这种学说似乎向人们展示了一种动态的对法律知识的把握。或许，这的确是法律的确证性质、“责任姿态”使然。

五、小　结

法律来自于解释。法律具有解释的性质，其不仅包括具体的规则，而且包括作为具体规则背景“根据”的原则、政策、政治道德准则，甚至一般性质的法律理论和政治道德姿态。在更为深刻的意义上，法律与道德或政治存在着内在的联系，法律具有深刻的人文性质和政治道德性质。这，便是德沃金的法律本体论。

其理由是：在法律实践者的“理论争论”中，正像“明确法律”是法律的一部分一样，“隐含法律”也是其中的一部分。“隐含法律”的形成，有赖于对“明确法律”依据的原则、政策、政治道德准则的理解，并在此基础上有赖于法律实践者的建构性解释。法律实践者的建构性解释，是以一般性质的法律理论和政治道德姿态为出发点，以价值性

的前景为目的，以人们“前解释阶段”的经验和法律制度的“范例”为界限。它既不是单纯的说明，也不是恣意的创造，而是确证性的解释。

但是，作为法律的一般理论，德沃金的学说面临着两个主要困难。其一，有时，明确的法律规则无须解释即可适用于实际具体情况，在此，明确的法律规则直接发挥了法律的作用，“解释的法律概念”不能有效地说明这一状态。其二，对公认的极端恶法，法律适用者有时不会作出确证性的解释，不会证明其是正当的，即使“确证性地解释”，也只能导致更为邪恶的解释，这与“解释性质的法律概念”的初衷背道而驰。而对这两种情形，似乎需要另外一种法律的概念。

在价值论的层面上，法律的解释性质展示了法律解释者的责任姿态，展示其正运用最完善的法律理论对法律作出最完善的解释。这不仅是实际存在的，而且是应当存在的。法律理论者如果想对法律作出真实的说明，便需采用实践者的“参与观点”，同样应该以责任姿态，建立最完善的法律理论并对法律作出最完善的说明。因为，法律自始至终都是人们对理想的追求，“法律的帝国是由态度界定的”。在此，德沃金实际主张了政治道德责任对法律的前提意义。

然而，对法律的积极责任的政治道德姿态，如何能在面对恶法时仍然一以贯之，是德沃金必须解决而又极难解决的实践困难。对法律的责任态度，在一定语境中，似乎并不要求对法律作出最完善、最正当的说明，相反，可能要求解释者必须保持“清醒”甚至“批评”的头脑，因为，这同样体现了一种对理想的追求。

在知识论的意义上，法律的解释性质，似乎意味着法律知识始终是在动态中形成的，不论是一般意义上的还是具体意义上的，都是如此。这样的法律知识的把握，依赖人们的说明、推论和确证，更依赖人们不同观念、立场和追求的相互较量。法律知识可以说是“客观的”，因为它始终隐含于实际存在的法律制度中，也可以说是“主观

的”，因为，它始终依赖人们用理想来确证。但，它总会存在一个唯一正确的答案。

从整体上看，德沃金的理论和哈特新分析法学，在一个方面是类似的：两者给予社会中正面心态的主体以首要的关注。但是，前者将此关注扩展至法律理论者自身的反思，而后者终究将其搁置于法律理论者观察的对象之中。由此，前者具有哲学阐释学的意蕴，后者保留了实证社会学的品格。另一方面，两者都在一定程度上维护了法律的普遍性、确定性和可预测性。只是前者是在“确证”的意义上，而后者是在“观察”的意义上，作出这种努力的。当然，此时的普遍性、确定性和可预测性，已不是分析法学所设想的那样浅显，它们是在新的层次上和新的视域中展现的。

与现实主义法学对比，德沃金的理论似乎同样具有对通常意义上的“法律适用过程”尤为强调的风格。实际上，如果不坚持“存在唯一正确答案”的观念，德沃金理论将势必成为现实主义法学的当代翻版。就此而论，德沃金像哈特一样，保持了对法律怀疑论思路的必要警惕。

第五章　意识形态中的法律

正义不过是强者的利益。

——色拉塞马斯

从现实主义法学到哈特的新分析法学，从哈特的新分析法学到德沃金的法律理论，一个共同特征是彻底抛弃了分析法学白纸黑字的法律观念，将法律的实际运作过程视为法律分析的焦点，并在不同程度上，将法律适用者视为法律运作过程的逻辑终局。现实主义法学认为，法律存在于法律适用者的判决之中；哈特认为，法律存在于官员或法律适用者的"接受"之中；德沃金认为，法律在相当程度上存在于法官的解释之中。

如果法律不存在于白纸黑字的规则，而是存在于法律主体的认知中，那么，这种认知是否存在"正确的法律答案"，便是一个十分重要的问题。它在一定意义上决定着法律是否具有确定性这样一个涉及法律内容根本性的问题。而法律内容是不确定的，则意味着法律本身并无自己的性质与品格，其自始至终都是人为的意志；反之，法律将保留自己的性质与品格，法律的概念从而也将保持自身的真实意义。

现实主义法学认为不存在这样的答案；哈特的理论认为，在部分情况下不存在这样的答案。前者理由是：不同的法律"读者"是主观地阅读"本文"的。后者理由是：语言有时存在着开放结构。德沃金运用"内在参与者"的责任姿态，化解了两者对主观认识状态的怀疑倾向，并在法律主体的认知中继续"捍卫"了法律的确定性。

然而，另有一批被称为“批判法学家”的学者试图釜底抽薪，欲在法律制度的“本文”[221]本身之中揭示内在的矛盾与对立。而且，某些批判学者，期望用“巧妙”的语言学和解构手段，在主体认知的层面上推进现实主义法学的法律怀疑论。他们相信，在“本文”和认知的两个方面，有足够理由认为，“唯一正确的法律答案”是不存在的，法律是不确定的，有足够理由表明法律的人为意志及其潜在的社会控制。法律，并非像哈特主要理论（“内在方面”“承认规则”“意思中心”）所认为的，在其明确之后便与政治道德或“政治学”分道扬镳，亦不像德沃金的解释理论认为的，在内在参与者观点之中，政治道德或“政治学”成为法律的内在“同谋”。相反，法律自始至终充满着外在意识形态“操纵”的内容，而且，这些内容是相互矛盾、相互斗争的。正如有论者所说：“在传统法律理论发现一致的地方，批判法律理论发现了矛盾；在法律解决方式被认为是确定的地方，它们认为是不确定的。这种反调是通过解构分析来实现的。解构分析揭示，在每个法律解决方式之中，相反原则已被人们预先赞同的原则所压倒……”[222]

一、法律形式的内在矛盾

在考察各个法律制度“本文”的过程中，人们可以发现，许多法律制度在规范规定的形式上包含着两种基本形式：具体规则和一般准则。例如，“年满 18岁的自然人拥有选举权”，“遗嘱必须有两个证人证明才有效”，“高速公路时速不得超过 65英里”，“诉讼当事人可以委托两名诉讼代理人”……这些规定属于具体规则形式。而另一类，如“合同应当公平合理”，“对自己行为应予适当合理地注意”，“未经正当程序公民不受逮捕”，“在婚姻关系上男女平等”……便是一般准则形式。

为何会有这样两种形式？一般法律理论以为，首先，具体规则形式具有两个重要价值：其一是可以限制官员的自由裁量权，使其只能

在明确规定的条件下及方式中实施权力，从而有效地防止滥用公共权力；其二是为一般公民提示清楚明确的预先警告，提醒注意公共权力将在何种条件下使用以及怎样使用，这使公民可以有目的有意义地选择行为、安排计划，而不被国家权力所影响。其次，立法者立法时可能会出现缺乏预见性的情况，法律因而总会出现一些缺陷，而具体规则又是明确具体的，所以，某些实际问题无法有效地具体解决。于是，一般准则便需发挥重要作用。一般准则形式的价值，在于可以使官员考虑政治社会的一般目的，从而解决具体规则没有规定的特殊问题。从整体上看，这两种形式是相辅相成的，都是法律治理的应有手段。

097　两种形式的内在矛盾

但是，美国法学家肯尼迪（Duncan Kennedy）则认为，这两种形式自身及相互之间存在着深刻的内在矛盾。当深入其所依赖的政治道德观念时，这种矛盾更是显而易见。

肯尼迪以为，虽然具体规则形式具有上述两种优点，但其也有缺点，因为，其使政治社会有时难以实现实质性的目的。假设一项具体规则规定："当合同一方签署人满 18岁时，合同另一方签署人才可在对方违约时要求强制执行合同。"可以看出，其目的在于保护未成年人避免因经验不足或思想不成熟而陷入对其不利的合同之中。根据这项规则，如果未成年人另有想法或反悔，法律将予准许。但是，这项规则因其具体，有时便会显得僵硬不便。在某些情况下，未成年人虽然年纪较小，但仍会像成年人一样成熟而且可能比后者更为老练，此时，对年满 18岁的另一方合同签署人来说，合同无效将是十分不公平的。在此只能认为，一项规则总会在某些情况下保护其本身并不希望保护的一部分人的利益。并且，这项规则同样会以相反的运作方式表现同样的僵硬不便。如果合同一方签署人虽然已满 18岁，但其社会经

验及机敏程度远在一般 18岁人以下，那么，合同本应是可以反悔的。但此时合同只能具有不可反悔的强制执行性，于是，对这方签署人而言，便存在着不公正的问题。这同样是不符合这项规则预设的目的的。在此，同样的规则以相反的方式损害了它本想保护的一部分人的利益。因此，具体规则的普遍适用，时常不能有效实现其自身的目的，规则形式与其目的总是存在着矛盾。

就一般准则而言，虽然其可避免具体规则在适用中出现的上述问题，但同样存在着另外的矛盾。如果规定“法院或其他公共机构根据具体情况来决定合同是否有效”，那么，谁能知道自己与他人签订的合同在这些机构确认之前是有效的？如果不能知道，谁敢冒风险去签订合同？此外，这类规定必定会给官员极大的自由裁量权，使其有可能在某些情况下滥用手中的权力。所以，一般准则一方面想普遍化，另一方面又想具体化，同时，在实现了一些预设的目的的同时又无法实现另一些目的。

从两种形式的背景价值观念来看，在选择这两种法律形式时，法律制度在其所依据的两种价值和世界观之中作出了权衡。[223] 但是，两种价值和世界观之间同样存在着内在矛盾。

法律制度选择具体规则形式时，是以“个人主义”（individualism）价值和世界观作为依据的。“个人主义”观念的提出，依赖自我利益和他人利益之间的明确概念的区分。从此出发，它具有三个主要主张。第一，个人重视自我利益而非他人利益是正当的，只要个人遵守使其和其他同样具有自我利益的个人和平相处的规范，这便无可厚非。第二，人类生活的主要价值在于个人追求的目的。当然，个人主义主张自我依赖并非拒绝他人的帮助，有时个人会要求他人的帮助，但是，这并非要求他人给予同情或仁慈，而是用给予对方利益的对等方式来要求帮助，而且他人帮助的动机也是自我性质的。正如亚

当·斯密（Adam Smith）所说：“它（他人帮助）不是来自肉商、酒商或面包商的仁慈，而是来自他们自己对自己利益的关心。我们是向他们的自爱而不是人性提出要求的……除了乞丐以外，没有人会选择主要依赖同胞的仁慈。”[224] 第三，法律的目的是提供这样一种规范：能使各个自我依赖自我追求的个人和平共处。

如果个人主义的目的在于促进自我依赖，那么，当规范不清楚不具体的时候，个人便会发现将来可能存在不可预测的损失。在其看来有效的合同，也许最终结果是无法强制执行的；他们认为无罪的行为，也许最终结果是有罪的行为。在这种条件下，个人的安全与稳定只能依赖他人的仁慈。自我依赖变成了无依无靠。于是，个人主义有理由选择具体规则的形式而非一般准则的形式。

但当法律制度选择一般准则形式的时候，它是以“利他主义”（altruism）的价值和世界观作为依据的。利他主义，拒绝个人主义提出的个人利益与他人利益之间的尖锐对立。它确信，即使没有规范要求独立的依赖自我利益的个人和平相处，人们有时也有义务为他人的利益去实施行为。此外，人类生活的主要价值是共有与牺牲，这类行为要求人们有义务去关注他人的幸福。法律的恰当功能，包括了这样一种义务的强制。如果采纳利他主义，人们便会更为关心将法律形式变为一般准则的形式，因为，这样可使国家具有更大的灵活性来决定何时在人们之中分摊社会负担（或利益），决定应该要求何人共担这些负担（或利益）。

可以看出，个人主义与利他主义之间存在着对立与矛盾，它们难以用统一观念整体化一。因此，不仅法律形式自身，而且其所依赖的价值观念上的政治道德观念，也存在着基本的内在矛盾。在这种情况下，法律如何可能具有统一性、一致性或整体性？当哈特希望用一致的承认规则，德沃金希望用一致的政治道德原则，来建构法律的统一

性的时候，他们怎能不会遇到深刻的内在矛盾？人们既可以从个人主义观念出发，也可以从利他主义出发来建构自己的规则体系或原则体系。

肯尼迪认为，某些法律规范的特点在于个人主义，某些法律规范的特点在于利他主义。因此，从法律制度的整体来看，所有法律都是由这两类相互矛盾的规范缝合起来的绝无原则的大杂烩。[225] 与此类似，美国批判学者凯尔曼（Mark Kelman）同样认为："在每个关于纠纷的正确解决方式的法律争论中，规则方式、准则方式和中间立场将会难受地彼此共存，没有一个完全主宰日常法律实践或更具有凿凿确证的力量。"[226]

098　分析法律形式内在矛盾的目的

针对肯尼迪的分析，人们可以认为，法律"本文"是一种政治选择的结果，在多元化的政治道德社会中，法律"本文"体现出一种矛盾性是不足为奇的。但是，这里应注意，肯尼迪在分析法律形式的内在矛盾时，其主要目的不在于仅仅指出法律"本文"具有矛盾而已，而在于分析法律运转过程中的"重构一致性"是不可能的，从而指出法律是不确定的。

像哈特那样的学者以为，政治是多元的，但在规则的确定中心区域法律则是一元的，人们可以用承认规则一类的"基本识别规则"确定法律是什么。这样，在法律运转尤其是司法中，法律可以保持统一性或一致性。在基本面上看，"政治"开始之时便是"法律"停止之日，反之，"法律"开始之时便是"政治"停止之日。在政治道德范围里，人们可以进行多元化的争论，在法律的范围里，人们只能进行一元化的适用。当存在着基本识别规则确定法律的"身份"时，政治多元便应停止。但是，肯尼迪的分析表明，即使在哈特实证主义主张的规则中心

区域，由于存在法律“本文”形式上的内在矛盾，法律认知统一性的希望也是不能实现的。具体规则形式的普遍适用，既可导致与其目的一致的结果，也可导致与其目的相反的结果；一般准则形式的普遍适用，同样可以导致不同的结果。在此，就基本立场而言，如果说哈特部分赞同了现实主义法学的理论，那么肯尼迪则是彻底站在了这一法学的立场上。哈特试图在语言的中心区域保持传统法学主张的法律确定性，而在语言的开放结构中接纳现实主义的法律怀疑论。肯尼迪则在语言的中心区域和开放结构两个方面，全面推演了现实主义的法律怀疑论。当然，现实主义法律怀疑论主要是从法官的主观角度及法官的不同判决来分析法律的不确定性，而肯尼迪，是从法律“本文”的内在矛盾来看这一问题的。

如果认为在法律形式层面上，肯尼迪的目的在于说明哈特一类法律实证主义的法律适用观点的不恰当，那么在法律的实质层面上，其目的则在于说明德沃金那样的原则式理论过于理想化。

德沃金以为，虽然不能依赖实证法学的“基本识别规则”确定法律是什么，但在解释过程中仍然可以“重构”法律的统一性，在背景原则中找寻统一的基础，并在此基础上找寻唯一正确的法律答案。德沃金的意思是：在法官的政治责任中，法律虽然渗透了意识形态的政治道德，然而它毕竟是法律中的政治道德；在内在参与者的眼睛中，法律意味着统一性，在法律里面的政治道德便是统一的政治道德。然而肯尼迪的分析表明，具体规则形式揭示了它所体现的个人主义观念，一般准则形式揭示了它所体现的利他主义观念。在明确的法律中，存在着这两种体现相互矛盾的政治道德观念的法律形式。如此怎能在法律中找寻一个统一性的政治道德原则？肯尼迪强调：“权利话语是内在地不一致的、空洞的或循环论证的。法律思想可以为了任何结果而提出有说法的权利确证。”[227]

099　观察法律的姿态

有论者以为，法律制度并不存在上述批判法律理论所说的内在矛盾，因为，不存在两种极端对立的法律适用形式。当适用准则时，适用者会考虑规则；当适用规则时，适用者会考虑准则。在法律适用的过程中，“准则不是脱离规则而存在的某种东西，而是规则的一个可能的组成部分。规则可以在相当大的范围内变化，可以具有不同程度的确定性……在适当适用规则的情形中，需要考虑规则的背景原则或价值。适用规则时所考虑的准则或其他标准越是宽泛，规则在许多具体情况中将越是不确定的”[228]。因此，“从规则可选择适用的特性滑进规则与准则之间的‘不可解决的矛盾’，歪曲了可以认识的实际情况”[229]。

此外，人们可以认为，在法律制度中，并非所有具体规则形式都体现了个人主义观念。在现代国家，一般法律制度经常包含了个人所得税、营业税、消费税等税法。这些税法通常是以具体规则的方式来规定的，因为人们一般认为，税法是国家运用权力的重要渠道，是对公民权利有重大影响的法律，所以最好赋予其明确具体的方式。可是税法的政治道德基础不是通常所说的个人主义，而恰恰是利他主义或集体主义。就一般准则而言，有些也不是以利他主义作为政治道德基础的。比如有些宪法中的“非经正当程序不得剥夺公民的正当权利”的规定，是一种十分典型的一般准则性规定，但其政治道德基础则是个人主义。所以，肯尼迪将具体规则形式与个人主义，一般准则形式与利他主义联系起来，似乎是随意的。

当然，针对前者，肯尼迪可以继续认为，在法律适用形式中，人们同样可以发现单独适用具体规则或单独适用准则的情形。许多情况下，规则是具体明确的，人们的确不曾考虑背景根据或者一般准则即

予适用。某些情况下，由于不存在可直接适用的具体规则，适用者的确仅依据一般准则作出决定。

针对后者，肯尼迪也可继续认为，即使就税法来说，同样可以认为它是个人主义的。因为，税法总是规定得详细具体，由此人们完全可以知道纳税的具体时间、地点、方式，这样，在市场交往中，人们可以准确地计算纳税形成的成本从而有效地安排经济生活。这与个人主义的自我依赖观念具有一致性。所以，具体规则总还是与个人主义政治道德联系在一起的。就“非经正当程序不得剥夺公民的正当权利”而言，同样可以认为它与利他主义有着联系。“正当程序”和“正当权利”都是十分抽象的词句，政府完全可以用解释的方法实现利他主义的目的。比如，政府可以认为“秘密侦察”是正当程序，而出版不健康读物不是正当权利，从而保护其他人的利益。

……

在此，读者可以想象，对立观点是可以继续争论下去的。

这里似乎涉及一个问题：这种不同说明，是否表明法律的形式与政治道德观念的联系，依赖主体对它们之间关系的理解与认识？而这种理解与认识是否表明说明者采取了不同的观察判断的姿态？

二、法律原则的内在矛盾

“在批判法律研究运动中，肯尼迪的法律分析风格被广泛视为一种范例，它提供了许多这项运动中的文本赖以主张法律充满矛盾的概念资源。”[230] 正是在肯尼迪的启发下，有学者开始直接在法律制度“本文”中的法律原则上分析内在矛盾。

美国学者哈斯纳斯（John Hasnas）指出，从法律实例中便可发现法律原则的内在矛盾。

实例一。某名妇女A居住在农村。她聘请了一位与其住在一个地方的医生B作为家庭医生。一日，A因突然生病便用电话通知B，希望B能及时赶到诊断治疗。但是，当日为B正常休息的假期，而且B与他人约好打高尔夫球，所以B未做答复。由于没有医生及时治疗，A病情加重并最终死亡。A的继承人起诉B，认为B应负法律责任。

B的律师认为，B像其他人一样有放假休息的权利。要求B随时听候病人要求是不公正的。律师指出一个重要判例，即美国赫尔利诉埃丁菲尔德（Hurley v. Eddingfield）案[231]。在这个判例中可以看到一个清楚的法律原则：在没有明示契约的情况下，不存在法律责任。在本案中，虽然B是A的家庭医生，但是双方没有明确约定随叫随到。

继承人的律师则认为，在从事医疗职业的时候，都会举行一个希波克拉底（古希腊医师）式的宣示，这表明B已接受救死扶伤是自己的义务，因此，B对依赖其的病人的需要不予理会是错误的。继承人的律师同样指出一个重要的判例，即美国考特奈姆诉威兹德姆（Cotnam v. Wisdom）案2。其中，可发现另一法律原则：在没有明示契约时，如果为了避免不公正，法律将暗许一个契约关系的存在。[232]

实例二。一名破产者A想拍卖个人财产以筹钱还债。被拍卖物品是A珍藏多年的一幅油画。一名参与拍卖的投标者B以100美金的叫价成交。当B让他人给这幅油画估价时，得知自己买得一幅失窃多年的世界名画，价值数百万美金，由此欣喜若狂。数天后，A从其他地方得知此消息，便向法院起诉要求撤销成交契约。一审法院判决准许。

在上诉审中，A、B双方充分论说了各自的理由。A认为，如果在买卖中双方对买卖物存在着“误解”（如误解其真实价值），则买卖是无效的。在拍卖交易中的确存在着“误解”，因此应予撤销。A引证美国舍伍德诉沃尔克（Sherwoodv.Walker）案[233]作为判例，说明自己的法律理由。在该判例中，一农民卖给另一农民一头牛，买卖时双方都认为这头牛是不能生育的。但后来牛被证实可以生育，卖者便要求撤销合同且被准许。A认为，判例和本案是类似的，他和B当时都认为是在买卖一幅价值不高的油画，双方对买卖标的的性质都有误解。由于这个误解对交易来说是实质性的，A认为一审判决是正确的。

B认为，本案不属“误解”性质的案件。B引证美国伍德诉鲍依恩顿（Woodv.Boynton）案[234]作为判例。在此判例中，一妇女将一块小石头卖给珠宝商，得1美元。在买卖时，双方无人知道这类石头是什么。但事后双方得知，这是一块天然钻石，价值700美元。妇女以双方都有误解为由要求撤销契约。但是，法院认为契约有效，认定由于双方都知道各自在就一个不知价值多少的石头而讨价还价，因而不存在误解。B指出，此判例才与本案确切地类似。因为，A、B双方都知道交易中的油画是一个价值不明的作品。B认为一审判决错误。

在B引证的判例中，法律原则是：契约法的一个基本目的是鼓励人们在交易中自我依赖、自我谨慎，任何人均可自由地达成有约束力的协议（无论口头还是书面），并因此而负责任。人们可以认为，原告有机会让他人对油画作出估价，如果他谨慎，便可发现油画的真价。因此应认定契约有效。在A引证的判例中，法律原则是：契约法的基本目的是确保当事人公平地交易。由此人们可以认为，B在本案中是以A的不幸为代价获得了大笔意外收入。因此应认定契约无效。[235]

在实例一和实例二中，可以看出，法律原则是相互对立相互矛盾的。正是因为“法律是由相互矛盾的规则及原则构成的，所以，任何法律结论都可利用巧妙的法律推论”[236]。

加拿大法学家哈钦森（Allan Hutchinson）指出，在侵权法律制度中，人们时常可以发现这样两种相互对立的具体原则：一是只对自己造成的可以合理预见的损害结果负责；二是无论结果是否可以合理预见，都应对自己疏忽行为造成的直接损害负责。前者是主导原则，后者是辅助原则。当然，在某些法律制度（如美国侵权法）中，后者是主导原则。他以为：“法律原则均来自两个完全不同但同样恰当的民主秩序的观念，并由其赋予力量。一个依据个人主义。个人主义以为，世界是由独立自足的个人构成的，个人信心十足地设计并不屈不挠地实现自己的生活计划……另一个依据集体主义。集体主义以为，世界是由相互独立且合作的个人构成的。”[237]因此，两个原则在逻辑上是不相容的，接受一个便意味着拒绝另一个，同时也意味着接受一个政治观念拒绝另一个。

美国法学家昂格尔（Roberto Unger）同样认为：正统法律观念相信“制定法、判例及人们接受的法律原则的体系，体现并保持了一个可以论证的人类组织设想，它们展示了一个理智一致的道德秩序……”[238]但是，“当代的公法私法内容没有表现出一个单一的、明确的民主市场观念”[239]。

101　法律原则的矛盾·法律原则的统一·法律原则的互补

在批评学者看来，既然法律原则具有内在矛盾，它们依据的政治观念也是矛盾的，何以能够有理由在其中发现一个统一的政治道德体系，从而找到一个更好的或唯一正确的答案？何以能说依据一个原则

找出的政治观念优于另一个，从而从政治观念推出的具体答案优于另一个？何以认为法律具有确定性？

哈斯纳斯、哈钦森与昂格尔一类的批判学者都会大致赞同德沃金的观点：在一定意义上一切案件都是疑难案件。他们都会相信，德沃金的理论前半截（理论争论说、不同解释说）是正确的。但是，他们也会认为，其理论后半截（唯一正确答案说）是错误的。

在法律“本文”的层面上，批判学者认为法律“本文”自身充满了矛盾，这种矛盾不仅体现在形式和原则上，而且体现在其他方面和深层基础上；后者认为法律自身具有统一性，而且越是深入法律的底层越是可以发现这种统一性（尽管是实践参与者自己认为的）。

哈特式的实证主义基于语言的开放结构、规则边缘的不确定，有时同样认为法律原则存在着内在矛盾。其思路是：法律的各种明确规定本身具有矛盾性，所以，可以根据不同的观念需要来寻找不同的可适用于自己需要的明确规定系列，并在这些不同系列中发掘不同的基础原则；而且，即使直接从背景“根据”的原则来看，法律实践者也可发现某些更为一般的原则不仅是不精确的（它们显然要比具体规则或较为具体的原则更难理解），而且是相互冲突的。在这种情况下，实践者不能发现唯一正确答案。[240]

但是，实证主义认为这是法律的边缘现象而非中心现象。在肯尼迪之后的批判学者则彻底将哈特以为的边缘现象说成是中心现象。

法律原则的内在矛盾的观点，主要指向了德沃金的唯一正确答案的理论。如果批判观点可以成立，便可对德沃金的理论提出有效怀疑。德沃金承认，在法律制度中的内容，无论是具体规则或原则，时常存在着不同。但是他认为，就具体规则而言，“不同”之间的关系的确有对立矛盾的问题，可对原则而言，“不同”之间不是矛盾对立的关

系，而是“竞争”（competitive）的关系。因为，当身处内在参与者的地位时，人们更为可能将法律实践中不同的内容尤其是潜在的原则看作是“竞争的”，而非“矛盾的”。在里格斯诉帕尔玛案中，解释者的确可以发现不同的判例，并从中发掘不同的潜在原则（当然，他们的确发现了不同的潜在原则）。但是，解释者内在地会将这些原则视为竞争性的，并会认为，其中有些在该案应予考虑，有些则应在其他案件中考虑。而且，在权衡之后，解释者会将其中某些视为决定性的，从而认为它们是唯一正确的。

批判学者和实证主义以为，法律原则的矛盾问题，与是否采用内在参与者观点没有关系。因为，经过正常理智的分析，的确可以发现它们事实上存在着矛盾。

但是，另有论者从一般职业法律知识的角度认为，看似对立的法律原则之间的关系实际上常是“常规与例外”的关系。在法律制度中，人们可以看到，当一个法律原则作为一个常规存在时，看似与之对立的法律原则实际上是一种“例外”情况下的要求。比如，可以发现普通法中的一项法律原则具有这样的意思：在没有合同或法律规定的情况下，援救他人不是一个法律义务。而另有原则这样说明：如果自己与他人处于某种特殊关系或自己的行为使他人处于一种危险状态，那么，即使没有合同或法律的规定，援救他人仍是一个法律义务。[241]可以认为，后一个法律原则实际上是前一个法律原则的“例外情况”的要求。因为，虽然个人主义认为要宽松“阅读”前一原则，严格“阅读”后一原则，而利他主义则反之，但是没有理由认为作为前一原则的例外原则在逻辑上与个人主义是矛盾的。其实，“一个纯粹个人主义的文化也许包含了对普通法原则的例外要求，也许没有包含。而且即使包含了，该例外也可能在这个制度中不发挥重要作用。此外，对没有法律关系的人的义务的设定，可以避免违反有关自我利益自我依赖的

个体之间和平共处的规则。这种观念的影响，最佳解释了我们的法律文化为何具有这样的例外”[242]。

显然，这里涉及一个认识论上的基本问题：“矛盾的关系”或“竞争的关系”在法律制度中是不是客观的？上述论者有关“常规与例外”关系的说明，同样提供了一个对“不同”关系的理解。谁的理解是正确的？

德沃金试图用解释确证的方法和内在参与者的“观点”，淡化这一认识论问题。在其理论中，一切都是在内在参与者的实践解释中展开的，不存在“客观上”是否存在的问题。所以，德沃金可以较为轻松地认为“法律原则是竞争的”。但是，从另一方面来看，德沃金的理论实质上等于认为“原则的竞争”是内在参与者“读进去”的，因为这种“认识”总是参与者自己的认识，参与者总是在自己认为的对法律的最佳解释的基础上认识法律的。

哈斯纳斯、哈钦森、昂格尔、实证主义以及主张“常规与例外”关系的论者，并未使用一种策略式的方法说明这一认识论的问题。因此，他们首先应回答：无论是原则的矛盾还是“常规与例外”的关系，究竟是客观存在的，还是读者“读进去”的？可以觉察，这是一个困难的问题。

从另一方面来看，正是因为这是一个困难的问题，因此，人们似乎更有理由认为这与人们的认识姿态有着密切联系。如果认为德沃金选择了一种姿态，那么，反论者及异论者同样是选择了一种姿态。

三、法律外在观察者的“解构阅读”

某些批判学者知道，揭示法律“本文”内在矛盾的方法由于存在着认识论上的难题，从而不能有效地清理并批判主流法律理论，于是，他们运用解构语言学的手段另辟道路。他们首先认为，无论是主张法

律“本文”本身具有内在的统一性，还是主张法律“本文”本身具有内在的矛盾性，都是错误的。问题关键在于法律“读者”怎样“阅读”本身并无实质内容的法律本文。就这点来说，肯尼迪虽然认为法律形式内在地存在矛盾，但有时颇有灵感地认为：对于一个装有一半水的杯子，我们既可以认为它是半杯水，也可以认为它是半个空杯子。[243]肯尼迪对这一想法并未展开，因为他相信客观存在着法律的矛盾。然而，对解构批判学者来说这却是一个新的起点。

102　法律本文本身无意义

法学家承认社会中存在着法律，但是，他们总在提出各种不同的法律概念。边沁、奥斯丁说法律是主权者的命令，格雷说法律是法官所说的，霍姆斯说法律是一种预测，卢埃林说法律是官员的行动，哈特说法律是主要规则与次要规则的结合，而德沃金则说法律是一个解释的过程……显然，争论是持续不断的。

在某些批判学者看来，不仅对于一般性质的社会法律这一抽象本文来说是如此，而且对于法律规范、法律原则和法律结构那样的具体本文来说，也是如此。美国法学家达尔顿（Clare Dalton）以为，在认识法律规范、法律原则和法律结构这样的具体本文时，“法律认识中的混乱必然削弱常识认为的法律推论的力量……相反的推论可以具有同样的力量”[244]。美国学者图施奈特（MarkTushnet）直言指出：“法律本文材料几乎是无法精确认识的。从基本方面来看，在某一法律领域中接受的法律推论技术，事实上是对其他法律领域中的法律进行区别和类推。这一技术是十分随意的。因此，它允许我们将各种不同的判例装进人们选择的任何类型之中。”[245]“在自由社会中，基本意义的不确定是不可避免的。”[246]

为何会如此？因为，构成法律规范、法律原则和法律结构的语词并不存在固定的或稳定的意义，这些语词仅是个人可以填充任何意义的“空容器”。[247]如果人们愿意，便可用非中立的方式赋予其语义学上的任何内容。美国学者派勒（Gary Peller）更为具体地认为：语词句子并非是自我包容的意义单位，相反，意义是处于关系之中的，一个术语的意义完全是其他术语意义的一个功能，因此，“企图固定一个表述的意义必然导致无限的逆行。在确定一个表述的意义的过程中，一个人必须跟踪该表述包含的指向其他术语表述的踪迹，而其他术语同样包含了引致新的其他术语的踪迹，如此往返无穷”[248]。这个无穷逆行的结果就是“意义最终是不确定的”[249]。

根据这样的怀疑式的语言学观点，当尝试准确说明术语或句子的意义时，人们只能简单地“遵从”一组术语到另一组术语的意义。人们从未成功地精确说明它们的意义，而仅仅是从一个表述到另一表述去传递意义的“问题”。大致来说，这个过程如同不断地借钱然后再借出去一样，自始至终都不存在一个实质性的结果。所以，不能认为只有自己的理解是唯一正确的。

在里格斯诉帕尔玛案中，法官认为应适用普通法的一个法律原则：任何人不能因过错而获利。这个原则是什么意思？在“解构阅读”观点来看，人们可以在其中“读进”任何意思。因为，“任何人”“不能”“过错”“获利”这些表述都要给予说明。在说明的时候，对于“获利”这个表述就要说明“获得”和“利益”的意思，而要说明“获得”和“利益”的意思，就要说明与之有关的词语（如“得到”“好处”“想要的东西”）的意思……这个过程是无穷的。既然是无穷的，人们如何知道这个法律原则的确切意义？另一方面，一个人可以根据一些词汇说明“获利”的含义，另一个人同样可以用其他有关的词汇说明这个词。他们完全可以用这种方式赋予这个原则不同甚至相反的意义。“解构”的方法

表明：一个法律原则意义的结构，既可以被视为本身没有真实意义的结构，又可以被另一种理解所颠覆，因为这一“结构”就是人为的。

103　外在“解构阅读”的目的·开放结构

上述“解构阅读”的观点，是一种外在观察者的观点。其目的在于说明，即使人们都从外在角度观察“本文”，同样不能避免得出法律没有确定含义的结论。从主体认知的角度来看，法律本文的意义只能决定于“读者”的任意理解。因为，“本文”的语言本身是没有任何意义的。这一观点颇为接近现实主义法学的理论。如果认为现实主义法学是从现象学上描述了规则怀疑论，那么，外在“解构阅读”的批判理论是从语言学上描述了这一怀疑论。

另一方面，与肯尼迪、哈钦森和昂格尔类似，外在观察者的“解构阅读”观点，是想揭示以往正统法律理论以及德沃金的唯一正确理论根基的虚幻。因为，它们假设可以在法律对象上寻找法律已有的统一结构或原则。但是，“解构”理论说明这些结构或原则是主观杜撰的。法律对象是由语言构成的，语言是空无的载体，所以，以往理论绝无理由宣称只有自己的说明才是正确的。进而言之，“解构阅读”的目的最终在于揭示法律是不确定的。

从哈特的理论来看，哈特认为语言有时存在着开放结构，但是并不认为语言因此而不具有任何含义。在开放结构的区域，人们是在争论语词的含义，这种争论不意味着语词本身是“空无的”载体。这种语言学显然有别于外在“解构阅读”的观点。

104　解构语言学·交流的意义·解释共同体

“解构阅读”的观点主要来自法国哲学家德里达（JacquesDerrida）和福柯（Michel Foucault）的理论。德里达以为，一个语词概念具有

其他语词概念的踪迹，正如后者有前者的踪迹一样。当人们考虑一个语词概念时，其他语词（包括与之联系的和对立的）的踪迹或标记总会留在这个语词概念身上。[250] 比如理解“言说”这个词，我们并非像常人想象的仅思考这个词本身，而是在与“说话”这个词的相互联系中和与“书写”这个词的对立关系中，来理解前者。如果没有对“说话”“书写”这些词的潜在认识，我们不能理解“言说”这个词。[251] 踪迹的存在，使解构成为可能。在确定概念之间的相互踪迹时，我们也在确定它们之间的概念上的相互依赖性，它们之间并不存在谁是基础的问题。如果一个人认为一个是基础的，另一人同样可以认为别的是基础的。[252] 福柯认为：“规则本身是空无的、曲解的和没有定说的；它们没有人格性质，可以给予任何目的……法律规则本身没有基本的意义，所以解释是对法律规则暴力式的、偷窃式的理解，其目的是强加一个方向，强加一个意志，强迫法律规则参与不同的游戏。”[253]

有学者指出，德里达、福柯和派勒的推论是一种“自我推翻”的推论。如果所有语词的意义不确定，那么，其推论中使用的语词的意义也是不确定的。如果其语词不确定，其推论就没有任何意义。显然，他们将自己的推论看作是建立一种意义，而且希望这种意义与通常人们接受的标准意义观念相一致。但是，他们认为意义完全是不可能的，这使其观念与人们接受的标准意义观念不相符，从而使其推论成为无意义的。其实，派勒的极端观点使“解构阅读”主张的“创造法律意义”也成为不可能。因为，创造意义如果可以实现，本身就必须假定给予语词较为精确的意义是可能的。[254]

批评者以为，人们最好是赞同一种术语句子的网络观点。这是说，在追踪一个术语或句子的含义时，可以在其所处的网络即更大的句子体系中填充其含义。当体系中越来越多的推论关系被追踪及这些关系的内涵被认识后，单个术语或句子的含义就会越来越丰富。主张术语或句子没有自我包容的意义是可以接受的。但是不应像解构观点

那样得出虚无结论。就法律规则的术语和句子来说，如果脱离句子体系孤立阅读，当然不会得出确定的意义。但它们完全可以在法律句子的体系中被把握。对于任何一个较为成熟的法律体系，实践的法律工作者都会在更大的法律体系中和具体实际案件中考察一个具体规则的术语或句子的意义，以此来确定规则是否适用。这不是说法律结论可以依赖三段论从法律体系中逻辑地推断出来，而是说，一个法律规则术语或句子的意思，是由相对于具体案件的内涵含构成的，同时在其所处的法律体系中可以越来越丰富地被认识。[255]

比如，在“疏忽责任”（因未恰当注意或合理注意而使他人遭受损害应承担赔偿责任）一类的规则中，时常包含“恰当注意”“合理注意”的术语。一般来说，当孤立阅读时，这些术语是不大确定的。然而，可以根据法律体系中的其他术语或句子确定这些术语，结合其他规则及法理便可以使这些术语的含义越来越丰富，从而使这项规则越来越具有确定的含义。

另有学者指出，不应忽视法律制度中“解释共同体”（interpretative community）的存在。[256]与现实主义法学一样，“解构阅读”观点的一个问题，在于没有注意解释者主体的社会一致性。认为法律规则语言本身没有固定的意思是正确的，但这不意味着在解释者之间没有相对一致的解释结论，不意味着解释者可以在法律语言中读进任何意思。在任何法律制度中，都基本存在着一个法律解释共同体，否则法律制度是不可能存在的。这个法律解释共同体实际上就是官员共同体。他们在社会中具有法律的权威。作为一名共同体的成员，必须要注意而且应尊重解释共同体的一致意见。[257]确定性或客观性的问题最终取决于“解释共同体”。[258]

上述三种异议观点提出了三个问题：第一，如果人们之间的交流可以存在而且应该存在，那么，这本身是否便预设了一定程度的语言

意义或意思的存在？第二，如果一定程度的语言意义或意思是存在的，那么，主体的阅读是否可以运用某种方式（即使是主观方式）以获得人们可以相对普遍接受的意义或意思？第三，即使意义或意思不存在于语词之中，人们之间是否也可以存在较为普遍一致的对意义或意思的理解？

似乎可以认为，交流的确是存在的而且应该存在。在交流中，人们正是通过较为一致的对意义或意思的理解，来实现相互理解的。此外，在意义或意思的建构与说明中，人们的确可以运用某种“理解方式”以使他人接受其理解的意义或意思。并且，在类似或相同的文化背景中，人们之间总会形成大致的“意义规则”。概言之，语言本身不存在意义或意思，并不意味着较为统一一致的意义或意思的不存在。在主体的认知中，可以而且应该存在这样的统一一致性。因此，对法律的认识与理解并不在于主体的恣意说明。

如果这一看法可以成立，那么，外在观察者的“解构阅读”观点，即使在语言学的意义上具有刺激性，但在认识论的意义上仍然缺乏挑战性。因为，它没有对理解意义或意思理解的个体“读者”本身面临的约束、“读者群”之间的相互关系，给予必要的关注与说明。

四、法律内在参与者的“解构阅读”

某些批判学者以为，外在观察者的“解构阅读”使用了“外在观察观点”，因而，对德沃金那样精妙的内在参与者理论本身便不具有想象中的消解作用。要颠覆德沃金的理论，便应采用内在参与者的“解构阅读”。这种阅读方式，“可以表明支持规则的推论如何自我颠覆，并支持一个相反的规则”[259]。

换言之，从实践者自身的视域来看，在明确的法律制度及法律实践中既可发现整体一致的潜在原则，也可发现两个甚至更多彼此不同甚至矛盾的原则。从历史纵向和现实横向两个维度来看：一方面，同一法律家可以在复杂的法律制度和法律实践中通过彼此协调的具体明确法律规定来理解发现并确立一批原则体系；另一方面，如果愿意，这一法律家可以通过自己理解发现的相反对立或矛盾的法律规定来确立另一批相反对立或矛盾的原则体系。“承认法律理论是解释性质的，承认法律本身是一种解释实践，并不意味着我们要承认……对大多数法律问题存在着唯一正确的答案。”[260]

105 “法理迷津”

美国法学家巴尔金（Jack M. Balkin）指出，在法律实践中，人们可以发现存在着一种“法理迷津”（doctrinal conundrum），这种迷津可以清楚地说明人们如何可以内在地“解构阅读”。

假设现有原告要求被告赔偿损失。案情是：被告在玩耍中连续数次踢打原告的小腿，原告原初就有一些肌肉组织上的病情，该病情在踢打下会出现严重后果，而在被告的踢打下果然出现了青肿并最终导致小腿的丧失。1981年，在美国沃斯伯格诉帕特尼（Vosburgv.Putney）案[261]中，美国法院曾判决与上述案件被告行为在某些方面具有类似情形的被告负赔偿责任。在这个判例中，人们可以总结出一个严格责任的规则：在无明显主观过错的情况下，被告仍应对自己行为造成的损失结果负赔偿责任。

但是，在目前案件中，被告仍然可以主张自己没有过错，因为，自己无法预见自己的行为会导致原告丧失小腿，他无意作出伤害行为，除了玩笑踢打之外没有做过主观上有过错的事情。他可以认为，只有当他有相应过错的时候才应负责任。原告会主张，尽管被告的确

没有伤害的意图，而且在被告所处的情况下的确难以合理预见自己的行为会导致严重的结果，但是，他现在事实上失去了小腿，并未因被告没有过错而没有损害。在双方都没有过错的情况下，导致结果出现的行为人应负赔偿责任。

被告主张可以称为过错责任，原告主张可以称为严格责任。通常情况下，前者展开的推论被用来减轻被告的潜在责任，后者展开的推论被用来增加被告的潜在责任。[262]

法律适用者运用这些推论支持一项具体规则全然是语境化的。换言之，有时恰恰不是己方主张的规则而是他方主张的规则，决定己方的推论结果是过错责任论还是严格责任论。比如在对“过错”的判断有行为者主观（即行为者自己认为自己是否有过错）和观察者客观（即公众认为行为者是否有过错）之分时，情形就是如此。当有主客观之别时，如果只相对严格责任而对“疏忽问题”的观察者客观标准进行推论时，赞同客观标准的推论结果将是过错责任论；而如果只相对于行为者主观标准而为客观标准进行推论时，赞同客观标准的推论结果将是严格责任论。[263]这是说，在上述案件中，如果坚持过错的客观标准，并且只相对于被告要为行为结果负赔偿责任（即使无过错）来考虑，则赞同客观标准的推论结果会认为被告不应负责任，因为他没有过错。而如果坚持过错的客观标准，并且只相对于被告行为者自己所说的“是否有过错”，则赞同客观标准的推论会认为被告应负责任。

为何会如此？因为在一种情况中，被告没有主张只有自己才能确定自己是否有过错，或者主张了人们并未注意，人们从而减轻了对过错认定的程度，而在后一种情况中，被告总在主张只有自己才能说清自己是否有过错，他人说不清，此时人们只注意了被告的态度，这样便加重了对过错认定的程度。从深层次上来说，这是因为“我们的道德意识和法律意识是自我矛盾的，即在对立中建构的。我们是根据对如

下问题的相互对立的回答来思考问题的：人们在社会中应该具有怎样的关系？他们之间应负何种义务？他们之间相互具有何种权利？”[264]“两种对立的观念激活了赞同过错责任和严格责任的推论……我将强调在社会中行为者对他人责任的立场称为利他主义（communalism），将相反立场称为个人主义（individualism）。两者之间的紧张关系在侵权法里每个层次上的法理选择中都会出现。”[265]

这种法律推论中的内在解构矛盾便是“法理迷津”。

巴尔金以为，这种法律语境中的迷津是内在参与者不能回避的。如果在不同的语境中思考同一个法理或原则，既会得出相同的结论，也会得出矛盾的结论。“甚至在一个法官的意见中，我们都会发现相互对立的原则表述。”[266]“……法理之间的紧张关系不是由于两个不同法官不同判决产生外在矛盾而出现的。它是在个人主观之中产生的，个人主观意识处于最深的道德法律信念之中。”[267]“总之，法理迷津在两个不同方面对整体法律理论提出难题。第一，它与其是矛盾的，因为它暗示在法律存在中没有方法调和冲突原则……第二，它暗示这个随机性的安排不是偶然的，它必然会因人类道德意识的矛盾本质而发生。”[268]

巴尔金的设想是：“法理迷津”说明德沃金内在参与者式的唯一正确答案说，是不能成立的。

106　内在解构阅读·法官的责任姿态

巴尔金的理论与德里达的解构理论有着密切联系。在前面，我们看到德里达如何说明了语词概念之间的“踪迹”关系。其实，德里达不仅想说明语词概念问题，而且想说明观念思想之间的“踪迹”关系。观念思想都是由语词概念构成的，后者的“踪迹”关系必然导致前者产生“踪迹”关系。而且更为重要的是，在这些观念思想之间，并不存在

谁是基本思想的问题，它们之间只有相互依赖的关系，并没有单向依赖关系。比如“要尊重妇女”这个道德思想，要理解它就要理解诸如“妇女对社会的贡献”“男女平等”“妇女对社会的贡献无足轻重”“男尊女卑”等与之具有协调关系或矛盾关系的道德思想，在“要尊重妇女”这个道德思想中，就有后面那些思想的踪迹。而且在它们之中我们不能认为谁是基本的，因为它们是相互依赖的。

但是，如果人们的法律意识是自我矛盾的，是在对立中建构的，那么，巴尔金的法律阅读解构设想本身也应是自我矛盾的。换言之，应该认为，法律阅读解构本身同样不能逃避自我解构。如果批判是一种彻底的解构，它就应该可以适用于自身，它不仅可以解构对方理论，而且可以解构自己的解构理论。

巴尔金认为，当解构批判实现了“启蒙”和“释放”的目的，解构应该而且可以停止。这是说，当解构揭示了有关的或相反的观念思想，解构便启蒙了人们的意识，释放了原被忽视和“压抑”的观念思想，这就如同精神分析治疗精神病患者一样，通过精神分析，将病人潜意识中的原被压抑的观念释放出来，病人便痊愈了，此时精神分析达到了目的，故应该而且可以停止。[269]

可以看出，巴尔金并未提出足够的理由予以说明。因为，一方面，社会法律领域中的正常人观念毕竟不同于精神病患者的意识；另一方面，解构理论本身是否也“压抑”了另一种“意识”？这种“意识”同样需要“释放”？

此外，在巴尔金的解构批判之前，德沃金便已承认，在法律实践中，的确可以存在一个内在参与者的“内在怀疑论”。这种怀疑会否认存在一个说明法律制度和法律实践前后一致的方法，会认为，人们描述的法律实践杂乱无序，所以不可能存在一种对法律目的的说明使其是法律实践的解释而不是法律实践的改变。[270]

因此，对巴尔金的“解构阅读”，德沃金可以这样回应：在上述案件中，法官的确可以发现两个不同的法律原则，但是，如果他像赫克里斯[271]那样充满智慧而明察的话，他便不会那样简单地在上述不同语境中作出自相矛盾的判决。而且“赫克里斯……在抽象原则的层面上可以没有困难地接受两个原则。这些原则有时是竞争的，但不是矛盾的”[272]。在作为实践者的赫克里斯式的法官头脑中，只存在着竞争的而非矛盾的法律原则和政治道德原则。

旁人可以发现，内在参与者的怀疑论与德沃金理论的基本对立，此时已不是法官个人究竟是否自我意识充满矛盾以及如何在法律实践中把握原则的问题了，而是法官个人应该如何把握原则的问题。因为，人们无法考察法官事实上是按巴尔金所说的方式，还是按德沃金说所的方式解释法律。其实，在阐述唯一正确答案理论时，德沃金已在暗示法官应该像赫克里斯那样解释法律，这是法官的深刻的政治道德责任，也是他社会角色的必然要求。这样，人们面临的还将是：从法律实践的责任来说，应该提出一个怎样的法律理论?

五、法律与意识形态

内在参与者的“解构阅读”，像外在参与者的“解构阅读”以及肯尼迪、哈斯纳斯、哈钦森、昂格尔的“本文”矛盾说一样，目的在于揭示法律统一性的不可能，揭示法律是不确定的（不存在唯一正确答案）。美国批判学者辛格（Joseph Singer）指出：“尽管传统理论家承认，某些不确定性是不可避免的和必要的，但是传统法律理论却要求相对大致说明确定性作为法治的基本前提。然而，我们的法律制度从来就没有满足这个要求。”[273]上述批判理论的深层目的，是揭示意识形态这一社会的外在因素无时无刻不在影响着法律，并将法律变成意识形态角斗的竞技场。

从前述批判理论可以看出，批判学者的矛头主要指向了法律中的不确定性，因此，就目的点而言与现实主义法学如出一辙。但是，在具体分析批判的方法上，前者不同于后者。前者不仅从法律“本文”上进行矛盾的分析，而且用解构语言学以及解构分析的方法武装自己。此外最为重要的是，现实主义法学虽然否定法律的确定性，但希望用统一的政治道德观念（如实用主义）来重塑法律，而批判学者则从否定法律的确定性，走向否定统一政治道德观念的可能性。因为，他们相信，意识形态的存在否定了任何统一的可能性。在批判学者那里，法律中的不确定性和意识形态的不确定性，实际上是一个问题的两个方面。

107　法律政治学

肯尼迪认为：“当教师们告诉学生法律推理作为一个达到正确结果的方法而独立于一般伦理或政治话语时，他们的讲课是毫无意义的……对法律问题来说，除了伦理或政治的所谓正确解决办法以外，从来就不存在一个‘正确的法律解决办法’。”[274]美国学者凯尔斯（David Kairys）说：“法律是保持现存的社会权力关系的主要工具……人们接受的法律正当性基本上来自有关法治而非人治的扭曲观念……”[275]昂格尔说：“法律或规则（法律正义）既不可能摆脱审判过程中的价值考虑，也不可能与之保持一致。”[276]派勒直言指出：法律与政治学的分开是一个神话，因为它貌似一个并不存在的政治中立，它代表了“一个权力行为的产品，通过权力行为，其他理解经验世界的方式被边缘化了”[277]。哈钦森和美国学者莫纳汉（P.J. Monahan）更是认为：“并不存在独特的法律推理可以简单地与政治对话相对比。简言之，法律是着不同服饰打扮的政治学；它既不在历史真空中运作，也不独立于社会意识形态斗争而存在。”[278]

概言之，法律是政治学式的法律。

108　意识形态的概念

如果法律是政治学式的法律，那么，意识形态对其作用便是不可回避的。在激烈争论的法律制定过程中，法律意识不能逃避意识形态的作用；在看似中立的法律适用中，法律意识同样不能逃避意识形态的作用。批判学者指出，如果德沃金认为应该“认真地看待权利”，那么，批判学者认为应该“认真地看待意识形态”。[279]

不过，在批判学者那里，意识形态一词具有特殊的意义。它通常不指整体性的世界观人生观。批判学者以为：意识形态是一种形成主体意识的机制，它“一方面说明观念、态度和信仰之间的联系，另一方面说明经济利益与政治利益之间的联系”[280]。它潜在地存在于社会之中，无论我们是否意识到，它对我们都发挥着潜在的影响。在大多数情况下，意识形态只是作为一种观念、态度、信仰产生的机制对主体发挥作用。它时常并不作用出一致的整体观念。[281]这是说，意识形态作为一种机制时常使主体产生不同的主观意识，这种主观意识有时会与一种利益相联系，有时会与另一种利益相联系。它时常不使主体保持一致性。正像有学者所说：“意识形态实际上在无序状态中发挥作用……其作用体现在不断地于社会交往过程中相互交流、竞争、冲撞、干扰、吞没和沉默。”[282]因此，意识形态不是一个统一实体，而是一种机制，其力量在于将精神因素（如观念、概念等）联系并结合起来，使其影响并建构社会主体的观念与认识。意识形态有如“格栅”，在思想因素中挑选、分类、有序排列、无序排列。

批判学者相信，“这种意识形态观念在法律分析的领域里尤其有用。因为它告诫我们不要假定法律话语是连续的、一致的，而要在法律推理和司法言语的平静表面之后将社会、经济和政治斗争的回声揭示出来”[283]。意识形态潜在的影响，使人们在法律中不断出现道德意识、政治意识、经济利益或政治利益的相互斗争。

109　意识形态·法律的多元化

批判学者的意识形态概念主要来自法国学者阿尔都塞（LouisAlthusser）的意识形态学说。

阿尔都塞以为，意识形态不是一种“意识”，而是“想象”关系的不断再现。这种关系不是一个已经被构成的主体的经验或观念。正是在想象关系中，主体作为主体才形成了自己。这意味着主体通过想象关系而存在而生活，通过想象在意识形态中形成自我。阿尔都塞说，意识形态结构是“折叠反射式的”结构。[284] 此外，意识形态的独特之处在于既变化又制约的内在机制，这使意识形态中的意识因素不断变化。

批判学者运用意识形态观念揭示法律中的不确定性的重要目的是表明，不仅政治是多元化的，而且法律也是多元化的。在法律中，意识形态的潜在作用，使人们在自我意识中和与他人交往中同样在争论意义、利益、好坏、公正或权利。

像哈特所持有的那样的法学理论认为，在法律未被确定时，自由多元的社会允许并赞同政治伦理的争论。但当法律被确定之后（如社会上已经存在了承认规则），自由多元的社会便不希望看到法律范围之内再出现类似的争论。换言之，在法律适用的过程中，法律与政治之间的界线是十分清楚的，法律完全可以抵御政治意识的干扰与破坏，从而保持自己的统一性。像德沃金那样的法学理论，虽然认为不存在一个所谓的客观标准确定法律是什么，但是作为一个实践中的内在参与者，法律家可以在责任的要求下寻求另一种意义上的统一性，从而让政治道德的内容在法律之中重新整合起来。

批判学者从法律“本文”和认知两个方面批判了这些观点。他们相信，意识形态这一概念，可以从法律认知主体观念的深层基础上彻底

摧毁法律统一的可能性，对内在参与者的实践观点来说同样如此。由此，法律最终是多元化的。

110　意识形态·统治者意志

但是，批判学者有时以为，法律适用最终是权力关系的结果，这种权力关系在最终意义上是由统治阶层控制的。在此基础上，他们有时推出法律适用最终是统治阶层意志的体现的结论。英国学者古德里奇（Pete r Goodrich）认为："简言之，法律话语是……许多相互竞争的规范学科如道德、宗教、社会习惯学科话语的一种。法律话语与它们有着密切联系，从其中吸收许多即使不是全部的确证推论。它是一个应根据统治和被统治的控制、社会权力关系的术语来准确阅读的话语，而这些关系不仅是针对违法者、过错者，而且是针对更为广大的听众塑造和宣告的。"[285]

这样，批判学者的批判理论作为整体，便会产生一个十分严重的理论困难。一方面，这一理论试图说明在法律适用中，正统法学理论所谓的客观统一纯粹是个假象，法律适用者完全是在意识形态的"操纵"下作出多元化的法律结论；另一方面，这一理论又想说明在更深层次上，可以认为这些法律结论所体现的意志最终是统治阶层的意志，这就如同在法律制定过程中必然体现统治阶层的意志一样，在法律适用过程中不可避免地"重现"统治阶层的意志。这意味着，法律适用一方面是杂乱无章的，因为意识形态本身并不导致一致的观念因素；另一方面它又是统一的，因为在最深层次上体现了统治阶层一致的愿望意志。此外，这一困难还会与批评理论主张的法律本体矛盾说不相协调。

哈特以为，法律并不等于法律制定出来的白纸黑字（分析法学的观点），在实践中，法律的认定基础是官员实践中的"承认规则"。美

国法学家菲斯（Owen M. Fiss）认为，在社会中存在着一个“法律共同体”，它保持了法律的一致性。[286] 他们的理论，都不否认“承认规则”或“解释共同体”有时会体现统治阶层的意志。德沃金同样承认，法律不仅是而且应该是政治道德意识的，但认为在法律中这种意识可以统一一致。

如果批判学者在另一方面以为，法律适用最终体现统治阶层的意志，那么其理论与他们的理论有何区别？批判学者有何理由认为他们的理论是错误的？

批判学者的这个矛盾，来自阿尔都塞的意识形态理论中的矛盾。阿尔都塞认为，意识形态虽然是观念意识产生的机制，但其在社会中最终受制于统治阶层的控制。社会中的意萨斯（ISAs，如学校、传媒、社团）是意识形态机制的重要媒体，可是这些意萨斯最终是由统治阶层的权力关系制约的。如果是这样，意识形态就有可能产生一致的观念意识。

就此而论，如果批判学者想将本身认为的“本文”和认知的“法律不确定说”贯穿始终，便必须坚持彻底的解构精神，便必须认为在法律适用中没有统治阶层的意志问题。

111　意识形态与边缘话语

如果认为法律过程是意识形态化的，而意识形态本身又是多元化的，那么，法律中便不存在无论是哈特的“客观中立”还是德沃金“政治道德”意义上的“唯一正确的法律答案”。而如果法律过程本身就是多元化的，那么，无论谁都不能认为只有自己的法律认识是唯一正确的。

在意识形态的作用下，法律解释以各种方式与人们的利益联系在一起，于是，当认为只有自己的解释是唯一正确的时候，便等于压制

了其他法律解释及其表达的利益，便等于将其他法律解释和利益挤向了边缘。在批判学者看来，哈特的“客观中立说”和德沃金的“唯一正确说”，是将自己解释及自己表达的利益中心化，将其他解释及其表达的利益边缘化。在这个意义上，正统法律理论的要害问题是：用法律统一性的合法伪装，来掩盖意识形态话语的偏见影响法律的程度，并以此误导一般公众对法律实质的认识，而公众也由此对被压迫的实际理由产生了错觉，从而不能抵制、不能表达对其的不满之处。

因此，批判理论的出发点是：不仅法律“本文”在本体上充满矛盾，而且法律认知的过程并不像正统理论所想象的，是法律范围之内的客观统一的过程，这一过程可以不受外在的社会因素的影响，可以在法律范围内保持自己的一致性。而此出发点指向的目标是：释放法律认知过程中的边缘话语，释放被边缘化了的其他利益，彻底消解中心话语与边缘话语的人为区别。批判理论以为，批判的意义就在于此。在法律认知过程中，“我们争论哪些关系是更有意义的，哪些利益是真实的，哪些政策是更好的，因为我们实际上的确在争论哪类社会关系是公正的，哪些市场安排作用更佳，哪些国家权力的运作不正当地干涉了另一共同体管理自我事务的权利。这些争论不是错误的。只有当我们对其视而不见时，我们对自己及自己的理想来说才是错误的”[287]。

112　法律的多元化·法治

如果哈特及德沃金这类法学家设想的法律认知过程中的一元化没有理由存在，这一过程中的中心话语与边缘话语的区别被消解了，并且此时只能出现多元化，那么，批判理论设想的法律不确定性，以及由此引发的释放边缘话语的要求，对自由主义精神的法治理论便产生了内部颠覆的意蕴。

通常的法治观点认为，法律应该具有确定性。因为，第一，如果法律可以具有许多意思，那么便无法实现“相同情况相同对待”。第二，法律应该具有客观的权威，否则只能再现人的任意意志。第三，法律如果没有明确性，便不会有可预测性，没有可预测性，人们就无法安排自己的行为，而且还会导致预期行为的成本增加，当事人因危险性增加而对自己的效益目的犹豫不决。第四，如果不能从法律中推论一个结论，法律适用者推出的结论也许就不是法律预先的规定，这便会产生溯及既往的适用法律的可能性，对义务承担者或受罚者来说则是不公正的。而所有这些，便是要求法律应有统一性、一致性的理由。

在批判理论的思考中，因为法律具有“本文”和认知两个层面上的内在矛盾，所以，自由主义的法治从未真正实现过，而且，这种法治的要求，实质上是在“法律公正”伪装之下偷运人的任意意志。于是，应当在新的意义上重新理解法治。

巴尔金认为，法治不应而且也不能抛弃。但是，法治并不意味着法律的一元化，而是意味着法律的多元化。“除非法律材料（在理论上来说约束人们行为的东西）是可重复的，否则法治是不可能发挥作用的。法治预设同一法律材料可以既适用于A案件又适用于B案件。如果在每个案件中适用不同的规则材料，我们将没有法治。然而，当作者（法律制定者）制定出法律材料后，其意图是不可重复的，在制定的那一刻永远消失了。所有保留下来的就是符号，其存在使主体之间的交流成为可能。正是作者使用的符号而非其意图，对法治的作用发挥才是基本的。”[288]“此外，法治是以这个前提为基础的：发挥控制作用的应是被选举代表通过的法律本文或法官建构并发展的判例法本文，而非具体制定者的意志……一旦规则本文被统治权威确立了，其本身便构成了判决案件的权威。因此，法治预设了文本（texts）统

治，而非创造文本的人的统治。”[289]也因此，法治与法律材料的不同语境中的多种阅读方式并不矛盾。[290]

按照这种解释，批判理论并非否定法治，只是认为法治不是自由主义法律理论理解的那种法治。在批判理论看来，自由主义法治主要之点在于要求在任何情况下都要统一适用法律，不能因语境的变化而有变化，只要案件相似，就要相似地适用一个法律。而批判理论的法治允许法律适用的语境化，认为在复杂多元的意识形态影响下，法治只有呈现出语境化才能成为真正的法治。

但是，从某种意义来看，如果允许不同语境不同适用，便有可能导致法律规范的虚无理论。换言之，允许不同语境不同适用，法律规范的存在似乎便是多余的，巴尔金所说的“法律材料”或“法律本文”的存在似乎同样是多余的。为允许具体语境具体处理，人们可以将权力全部交给法律适用者，由其根据语境解决案件。这样岂不更为精明?另一方面，从法律实践中可以看出，不少案件在基本方面都是一致的，法律适用者对其通常作出了相似判决。人们认为，这便是相同情况相同对待。如果允许根据不同语境作出不同判决，相同判决是不应出现的，因为严格地说，所有案件的语境都是不同的。这便不奇怪，为何英国学者菲尼斯（John M. Finnis）指出，批判理论实质上否定了法治的存在，因为，它抛弃了法律推论必不可少的一个组成部分即权威。这个部分是法律推论区别于其他有关社会生活的推论的唯一标志。那些由立法、前例和法律原则惯例形成的权威“约束（尽管不是绝对的）着法律推论并使其具有确定性（尽管不是绝对的），准确地说，这是因为它是由相关人士在相关情况下设置的，因为我们需要这样的权威在现在和将来一致地、公正地结束纠纷并解决相互合作的难题”[291]。

其实，人们要求法律规范的存在，要求“法律材料”或“法律本文”的存在，一定有其必要的理由。而且，这一理由极为可能便在于：应有法律的统一性和一致性。

因此，似乎可以认为，法治的要求与宽容语境化的主张存在着内在冲突。

113　意识形态·法律知识·法律理论的视角·法律与政治

在哈特、德沃金等理论那里，最初设想的法治是一种一元化的法治，正因为法治是而且应该是一元化的，所以，“法律是什么”或曰法律知识的问题便存在着一种可能性。尽管哈特和德沃金就“法律是什么”的问题存在着外在观察者和内在参与者的截然不同，但他们都设想一般的或具体的法律知识都是可能的（无论是明确知识还是隐含知识）。而批判理论设想的法治，是一种允许多元化语境化的法治，而且，其认为法律实际上总是意识形态作用的多元化语境化的结果，因此，法律知识理论在其推论中，在价值论和本体论的两个方向上便是一种虚无论。如果实在要问法律是什么，批判理论只能回答：法律就是无法把握的意识形态。

从法律理论（或法律知识）的性质来看，批判法律理论的批判意识，暗含着否定可客观中立地认识观察法律现象的思路。这一思路，等于是否定了客观中立的外在观察者的观点。与德沃金类似，批判学者认为，并不存在客观的“具有识别功能”的标准确定法律是什么，并不存在客观中立的外在观察视角。它相信，任何对“法律是什么”的一般性质的认识解读，都是实践中政治道德“偏见”[292]的一种“霸权”要求。德沃金的理论同样如此。“内在参与者的观点并不是无意识的，相反，它是司法及法律职业的利益的承载者。”[293]即使就批判理论本身而言，也是如此。

但是，如果德沃金是从积极方面去对待法律现象的诠释与说明，那么，批判学者是从消极方面对待这样的诠释与说明。德沃金希望用内在参与者的责任姿态解释建构法律的统一性，批判学者强调用实践批评者的责任姿态批评解构法律的统一性。这意味着，在法律理论的层面上，法学家并非要像德沃金的“法官”那样证明法律的正当性，相反，更为重要的是，法学家应在法律的背后揭露隐藏的“歧视与不公”。因为，实践者，不仅包括了法官那样的内在参与者，而且包括了利益被边缘化了的种族、性别、阶层和个人这类批评者。[294]

在前面第 087小节，我们指出过，有论者便以为德沃金的内在参与者观点不能有效地面对两种法律：与人们利益冲突的法律和公认的“恶法”。但是，这种观点的目的，在于说明在确定这些法律与人们利益冲突或为“恶法”时，确定者已在先存在一个一般的法律概念。批判法律理论的揭示，在深层方面更为提醒人们注意应对这类法律保持清醒的认识和批判的态度，然而，批判理论并不因此赞同一个统一一致的法律概念。

从法律与政治的关系来看，德沃金认为，法律具有解释性质，因此，法律的内容包括具体的法律规则，包括作为具体规则背景“根据”的原则、政策、政治道德准则，而且，包括一般性质的法律理论和政治道德姿态。这是说，“法律实践是一个解释活动，不仅当法律工作者解释具体文件或制定法时是如此，而且当他们面对一般性法律解释时也是如此。这样设想的法律是一个不折不扣的政治法律。律师和法官，就正常理论的广泛意义来说不可能避免政治学”[295]。但是，“唯一正确答案”是存在的，因此，法律中的“政治”始终是法律范围之内的政治，也因此，法律始终具有自身的性质与品格。

批判理论认为，真正的法律是意识形态作用的结果，因此，法律的内容包括了相互矛盾、相互争斗的具体规则，包括了这样矛盾斗争

而且并非蕴含于法律制度中的原则、政策、政治道德准则，同时，包括了这样矛盾斗争的一般性质的法律理论和政治道德姿态。也因此，法律不存在“唯一正确的答案”，法律中的“政治”始终是法律范围之外的政治，法律，始终并不具有自身的性质与品格。

六、小　结

法律“本文”存在着内在矛盾，法律“认知”存在着内在解构，于是，最终形成的法律内容是不确定的。从法律最终形成的机制上看，这种不确定性的终极根源在于意识形态的“恣扰”与“破坏”。意识形态的概念，在批判法律理论中具有独特的含义。它不是具体的意识观念的内容，而是不断再生这些内容的潜在机制。在其“操纵”下，法律的内容与人们的利益不断分解与组合，法律主体的认知不断地建构与解构。由此，人们便可逻辑地导出“法律总是不确定的”结论。这是批判学说的法律本体论。

但是，法律“本文”中的内在矛盾，依赖“读者”的阅读姿态的选择，换言之，或许它并非是客观存在的。这一认识论上的困难，即使在批判理论内部便已被批判学者所觉察。法律“认知”中的内在解构，同样存在“读者”姿态的选择。因此，批判理论实际上是在提示一种反向消极的法律理解。此外，内在解构的理论，如果有逻辑地贯穿始终，便不能回避解构自我的虚无结论。

批判理论的本意是“批判”，即揭露法律中特权利益（统治阶级意志）的“霸权”，然而意识形态的独特界说和法律不确定的主张，使这一批判遇到了一定的理论障碍。换言之，如果意识形态“操纵”的法律内容的确是不确定的，那么，被批判的“霸权”也许是不存在的。在此，批判理论可能处于两难境地：承认意识形态的存在，等于承认了法律不确定性的存在，等于承认了“霸权”指责的不当；反之，承认“霸

权”的存在，等于承认了法律确定性的存在，等于承认了部分正统法律理论的正确。因为，这些正统法律理论并不否认法律确定性中存在着“霸权”。当然，某些批判学者用“不同利益”的概念，替代了“霸权利益”的概念。

从价值论来看，批判法律理论强调了在法律中应允许各种主张的存在。这实质上在认为，法治要么是不存在的，要么应是多元化的。这是相信法律不确定性的必然结论。这一理论从另一独特角度提醒人们注意，在某些情况下，对“恶法”一类的法律应保持清晰的认识和批评的态度。

但是，这种法治的设想，可能会导致法律本身便是多余的虚无理论。实际上，人们从不认为法律是不必要的。

从知识论来看，主张法律不确定，必然主张法律具体内容的不可知，而法律具体内容不可知意味着一般性质的法律知识是没有意义的。在此，批判法律理论与现实主义法学殊途同归。

相比而言，虽然批判法律理论与现实主义法律理论颇为类似，都认为在法律领域里无法预知法律推论的结果，但是，现实主义法学由于主张而且承认存在统一的政治道德观念的可能性，其在一定程度上承认了在法律之外可以对法律的推论作出预测；而批判法律理论由于主要持有一种神秘的意识形态理论，这样，即使是在法律之外，人们也无法预测法律结论。因此，批判理论手中的法律怀疑论，要比现实主义法学更为彻底。

在法律与政治的关系上，批判理论与现实主义法学一样，认为法律是政治中的法律，而与德沃金不同，后者认为，就法律语境而论，政治是法律中的政治。

第六章　作为地方性知识的法律

凡人就应有凡人的思想，不应有圣人的思想。

——爱比查默

为了避免通常意义的对法律认识的主客观问题，德沃金采用了实践中的内在参与者的观点。而批判理论，尤其是内在参与者的“解构阅读”，为使德沃金内在参与者的观点自动失效，运用了实践者主体背后的复杂意识形态这一概念作为批判策略。在批判理论中，意识形态的分析，目的在于使人们相信法律不存在着中心与边缘，法律完全是语境化的。

但是，20世纪80年代后期出现的后现代思潮以为，批判理论中意识形态的分析，实质上应该隐藏着一个更为彻底的推论：人们一般设想的具有自我意志自我能动性的“主体”实际上是不存在的，因为，自我感受的“主体”最重要之处在于通过语言和意识才能发觉与认识，而且其本身就存在于语言与意识之中，而语言和意识完全是在意识形态的“操纵”下分解与合成的，与所谓的“自我意识”“自我能动”绝无关系。然而，令人不解的是，批判理论并未在此思路上再进一步。

后现代学者相信，如果法律知识只能来自实践中的参与者，只能存在于实践主体的认知中，那么，对参与者的主体性的批判考察对法律是十分重要的，因为人们一般相信的法律知识，极为可能就是构成主体的社会语境本身（用批判学者的话来说就是意识形态“操纵”的内容本身）。

一、法律实践主体的“消亡”

为使抽象问题具体化，我们试举实践例子说明后现代学者的主体“消亡”的观点。

114　法律实践者所说的“我们”

1891年，在麦卡洛克诉马里兰（McCullochv.Maryland）案中，美国最高法院首席大法官马歇尔（John Marshall）在判词中写道：“我们必须永远不要忘记，这是一部我们正在说明的宪法。”[296] 在这句话中，马歇尔将“宪法”一词写成斜体字，强调该词与其他词不同，其具有特殊的重要性。与此相反，作为正在解释的“我们”，“必须永远不要忘记”的“我们”，则没有这样的重要性。可以看出，“我们”一词在此是理所当然的，无须强调的，而作为客体的宪法才是重要的。如果有什么要思考的，人们就应该阅读“宪法”，“我们”自身无须给予任何的思考。

马歇尔潜藏的意识可能在于：宪法的文本是客观存在的，人们可以对其作出解释说明（即使是主观的解释说明）；但解释的主体即使有些不同，其也是无可置疑的主体。

现在，采用德沃金的内在参与者的观点来看问题。人们可以认为：像马歇尔那样的法律实践者不仅具有具体的法律观点，一般的法律观念，而且具有积极确证的责任姿态。在这种情况下，马歇尔将会把通常的具体明确的法律制度当作一种客观存在，而其本身作为观察主体同样是无可质疑的。不仅如此，这一主体在意识之中具有自由意志，可以提出“属于自己”的观点、观念和理论，并对法律制度作出具有正当性的确证解释。

115　“主体”（如“我”“我们”）观念的实际构成

美国法学家施拉格（Pierre Schlag）以为，所有法律思考的关键即在这里。人们不应像马歇尔那样将重点放在“宪法”或一般法律现象上，而应将重点放在解释宪法及法律现象的“主体”上。换言之，在上述判词中应将“我们”一词而非“宪法”一词，写成斜体字以示强调。只有说清作为“主体”的“我们”是什么，是否真实存在，才能知道被“主体”解说的或从中体现出来的具体法律知识和一般法律知识是什么。

施拉格指出，在语言中，“主体”时常体现为“我们认为法律是什么……”“我认为认为法律是什么……”，或者体现为一种“抽象主体”（transcen dental subject）的表述：“法律是什么……”。前者明确表示自己作为主体的存在，后者则以一种隐蔽的貌似客观的方式表示主体存在。所有的法律理论包括正统自由主义法学、现实主义法学与批判法学，均以这种明示或默示“主体”存在的方式来议论法律。它们将主体设想为具有自由意志并自足的主体。[297] 但是，“主体”实际上是不存在的。人们明示或默示的“主体”完全是由社会、历史、文化和语言构成的。这种构成，是一种批判理论本应点出的“形成政治学”。[298] 美国学者山克（Peter C. Schanck）指出：“从后现代观点来看，所有思想都是以概念和观念为基础的，而这些概念和观念是先前从主体的环境中吸收而来的。”[299] 人们自己意识的“自我”这一概念同样如此。“设想一下，在没有参考你的基础即汇集起来但非你创造的思想、展望、预设、前提及其合成时，情况将会怎样。这当然是不可想象的。反之，材料的接收者是语言建构和形成的。而且设想一下，在没有使用语言的情况下如何思考……在某种意义上，我们都是语词和通过人类悠久历史建构的语词类型的被束缚者。与这些语词和结构相联系的意义本身便是通过历史的过程而形成的，因而是社会文化建构的。”[300] 澳大利亚学者戴维斯（Margaret Davies）说：“主体不可能简单地是一个外在的观察者，因为他（她）已经被束缚于语言和思想中。”[301] 英国学者杜兹纳（Costas Douzinas）、沃灵顿（Ronnie Warrington）和麦克维（Shaun McVeigh）同样主张具有创造作用的作

者和占据历史中心位置的主体的消亡，“本文和传统承载着我们所具有的全部资源”[302]。

施拉格尤为指出：“在我们所处的以赞颂差异和高扬多元为标志的后现代环境中，不可能忽视主体问题呈现的差异。”[303]

在此应注意，后现代法学理论不是否认作为自然有血有肉的人的存在，而是从“知识”的角度来分析人类意识中“主体”及其知识的构成。可以以为，其理论的要点在于：不存在“人们自己认为”的法律知识，这种知识实质上是社会文化历史中的知识的不断整合与分离，假定“主体”的存在，假定主体可以具有“自由意志”并在自由意志驱使下把握或创新法律知识，是一种十分虚幻的自我中心论。

116　主体“消亡”论的理论来源

法律实践主体“消亡”论主要来自法国哲学家列奥塔（Jean-Franois Lyotard）的理论和拉康（Jacques Lacan）的“主体死亡论”。列奥塔说：“自我并不等于许多，但没有一个自我是孤岛；每个自我都存在于一个关系网络里，这个网络现在比过去任何时候都更复杂、更流动。无论是年轻人或老年人，男人或女人，富人或穷人，总是被置于具体交往环流的‘节点’上，不管这些节点多么微小。这样说更好：一个人总是被置于一个有各类信息通过的传递站。”[304]

拉康以为，在人的主体发展中存在一个早期“对镜阶段”，在这个阶段中，儿童开始在镜中认识自我意象，不断企图向自己和他者表现自我，而且不断思考如何控制自我身体。正是在镜中，儿童将自己的身体塑造成统一的整体，并以为真正的自己可以控制镜中的意象“自我”。这便出现了主体意识经验和自我身体意象的逐渐分离，出现了意识经验中的主体总想把握镜中的意象自我的感受。[305]更为重要的是，当自我进入语言后，自我总想用陈述中的主体即语言中的“我”去

反映真正的主体即使用语言的“我”。这就如同儿童在“对镜阶段”想用经验中的自我把握意象中的自我。但是，语言只能表现陈述中的主体。而且，根据索绪尔（Ferdinand de Saussure）的语言学，语言中的意义是由能指之间的关系来确定的，它不存在于所指之中。[306] 于是，一方面，主体的自我确认只能通过语言来实现，这种主体从来不能与意象中假定的自我等同起来；另一方面，主体的自我只能在能指的关系（或者说是“话语网络”、语言语境）中被发现。也因此，在有“我”出现的陈述句子中，意象假定的“我”总是“缺席的”（即不存在）。这个缺席的自我也是潜意识中的欲望自我，它在暗中驱使语言意义中的“我”，并驱使语言意义的不断流动。[307]

此外，福柯的权力知识理论对后现代法律理论也有影响。在福科那里，“权力”不是政治意义上的权力，而是像意义一样在语言之中“环绕”的某种东西。福柯说：“权力不被视为一个个人对他人的牢固同一的统治的现象，或者一个组织、阶级对另一组织或阶级的统治现象。相反，人们应该记住：如果不站在远地方来观察，则权力便不是一种区别专有把持它的人与没有但却服从它的人的东西。权力必须分析为某种环流的东西，或者某种以链条方式发挥作用的东西……权力是通过类似网络的组织来运作的。”[308] 而且，“事实上，最终被界定为个人的某些机体、姿态、话语、欲望已经是权力的一个基本效应……权力构成的个人同时是权力的载体”[309]。

117　主体提出的“理论”的实质

法律主体消亡论的目的在于指出，以往一切法律理论的出发点是错误的，它们假设了一个并不存在的“法律主体”，并误认为这个法律主体可以具有“自由意志”地分析认识法律现象，获得法律知识。从意识的构成中，人们可以发现这样的法律主体其实并不存在。因此，不仅像分析法学、现实主义法学和哈特那样的外在观察者的观点不能成

立，而且像德沃金那样的内在参与者的观点和某些批判法学理论的实践批评者的观点，同样不能成立。它们实际上是将社会历史文化语境中的不同组合分离的法律现象呈现给他人。

外在观察者的观点是不折不扣的“虚假客观论”。它相信，自身观点可以客观地反映法律现象。内在参与者的观点是一种较为强烈的“自由意志论”。它以为，有责任这样而非那样解释法律现象。但是，知识“总是由我们的社会、文化、语言和历史境遇传递的。因此，有关现实的知识对我们永远不是透明的；它总是社会建构的，并在交流系统的语言传递之中变得模糊不清。而语言传递本身从来就不能把握现实。有关现实的知识包括有关法理、法律原则和法律解释的‘知识’，它们都是社会建构的”[310]。因此，外在观察者的观点和内在参与者的观点，实际上都是一种没有自我觉察的“权力”话语，它们均未意识到，认知“主体”实际上是虚幻的。

在批判法学那里，后现代哲学家如德里达和福柯的理论虽有一定的影响，但是，批判理论并未彻底贯彻他们的解构理论和“权力”话语理论。它像以往的理论一样，假设了一个“自由意志”和“具有理性”的法律主体。这个主体可以在法律现象中分析出矛盾，可以批判法律适用中的意识形态倾向。然而，根据后现代法律理论，这种具有自觉批判意识的“主体”是不存在的。因此，批判理论仍然是一种不能自我控制的“权力”话语，其仍未意识到，认知“主体”是虚幻的。批判理论“主要来自政治议事的动机，而非来自系统发展后现代理论的愿望。它们会适用后现代概念作为工具达到自己的政治目的，当这些概念适合它们的计划时，批判学者愿意与其保持同谋关系。在实践中，批判法学的倡导者攻击它们的传统主流的对立面，因为对立面没有认识到自己的原则和学说是一定条件下的语言建构和社会建构，但是，这种后现代攻击的对象并不包括它们自身的推论和概念化”[311]。因此，“批判法律理论实际上是一种倒转的自由主义理论”[312]。

与此相反，后现代法律理论彻底贯彻了解构理论和“权力”话语理论。它不仅可以将论说指向其他理论，而且可以将论说指向自我。就理论的性质而言，它不仅说明其他理论是“权力”话语，而且承认自我亦是“权力”话语，承认自我不存在自由意志的理性的“主体”。

118　知识进步·知识异同·主体存在

从阐释学的角度来看，在后现代法律理论中，除了“本文”（社会知识的存在）之外什么都不存在，因为，“读者”的阅读本身便是“本文”的再现，解释便是“本文”的自我解释。人们通常所认为的“法律是什么”或法律知识，不过是人们意识语言中的社会、文化、历史的折射反映。不仅马歇尔认为的“宪法”是一种社会、文化、历史的展示，而且他所作出的宪法解释同样是这种展示。在这里不可能存在“我认为……”的问题，一切都是语境中的社会、历史和文化。于是，所有的法律知识不过是社会历史文化中的法律知识的不断重复与组合，法律知识绝无实质性的进步。不论现当代社会具有怎样的法律知识，人们都可以在其中发现原有的社会历史文化中的内容与要素。

但是，人们可以认为，现代某些法律知识，并非一定是以前法律历史中存在过的知识。比如，民事侵权法中的无过错责任原则，经济法中的股票金融制度，在其出现之前的历史之中并不存在。它们可以说是法律知识发展中的实质性进步，因为在过去的法律知识中，人们不能发现这些知识的内容与要素。如果承认这些知识具有实质性的进步，那么反过来似乎就不能否认具有一定自由意志、创造意志的主体的存在。

此外，主体“消亡”论不能说明一个问题：如果“主体”是不存在的，那么为什么在相同环境中有时会出现不同的“理解内容”（即法律知识），而在不同环境中有时会出现相同的“理解内容”？比如对宪法

的解释，美国历史上的不同法官就曾在相同环境中对其作出不同的解释，而在不同环境作出相同的解释。尤其在后一种情况中，问题更显突出。

对于知识是否存在着进步，可以想象，后现代法律理论会以解构的方式认为：早在古罗马便已存在公平原则和合理注意原则，无过错原则实际上是这些原则的重新分解与组合；而在古罗马存在的法人概念和合作概念，便具有股票金融制度的基本因素。因此，不能认为两种法律知识是一种实质性的进步。而且，后现代法律理论可以重复表明，人们不能否认，主体意识本身是已然存在的社会性语言构成的，在这种情况下，逻辑上便可表明"实质性进步"的认识本身便是没有根基的。

对于知识异同的问题，后现代法学理论可以这样辩解：严格地说，任何语境（或环境）都是不同的，因为语境包含了社会文化和历史多种维度的"格栅"，在不同人的意识中设想一致的语境本身就是错误的。人们之间的不同"理解内容"，实际上是社会语境的知识的不同组合和分类。并且，部分后现代法学理论以为，人类不仅具有意识，而且具有潜意识，潜意识不同于意识，它在暗中不知不觉地影响人类的意识及其结构，使其时常会出现"理解内容"的不同与差异。最为重要的是，在语言之中存在着一种有别于政治权力含义的"权力"话语，它们在各种语境中环流不息，对我们的意识发挥着潜在的作用。[313]因此，"相同环境不同理解内容"的设想，是不能成立的。至于不同环境相同理解的问题，后现代法律理论可以指出，由于所处语境的不同，所谓的"相同理解"实际上仍是不同内涵的理解。如果马歇尔和另一时期的法官都认为，宪法是面向社会需要的，那么，他们表示的内涵仍是不同的，因为，马歇尔可能将社会需要视为经济利益的需求，而后者可能将其视为政治变革的要求。在美国宪法史上，的确可以看

到不同法官具有同样的理解表述，但他们的表述却有不同的内涵意思。

就此而言，从知识本身是否存在进步以及知识本身的异同来批评主体“消亡”论，似乎是不能成功的。

119　道德判断·主体存在

但是，后现代理论否认自足的自由意志的主体存在，必然导致否定法律的“理性”存在，否认通常认为的法律主体可以判断法律中的“对错”问题。这样，如果人与人之间要探讨谁是谁非，这本身就是没有意义的。汕克便以为：“如果主体是由社会、文化、历史和语言构成的，那么在逻辑上就应得出这样的结论：没有方法可以判断有关事物性质的主张的对错。除非运用由社会及语言构成的假设，否则人们本身不能质问自己的思想和他人的陈说。因此，不存在我们可以保持沉默以确定任何陈说的真理价值的客观中立的立场……这就是后现代认识论或知识论。”[314]

然而，在法律领域中，理性的“是非”判断问题似乎是不能回避的。法律中的“是非”判断，有时不仅会决定人们一般的权利与义务，而且会决定人们的生与死。对于掌握法律权力的法律适用者，当面对某人将另一人无故杀害，他是否可以认为“有罪无罪都是可以的，因为我们不存在一个是非判断标准”？显然，法律适用者不应而且也不会这样认为的。作为法律适用者，其责任便在于理性判断法律中的“是非”问题，而判断是非的责任问题与人们的精神意志有着密切联系。此外，当面对公认的“恶法”时，人们同样不能而且也不会认为，不存在标准理性地判断“是善是恶”。这里同样表明，判断是非的责任问题与人们的精神意志有着密切联系。如果这一事实上的推论可以成立，那么，我们似乎便不能认为，在精神意志中除了神秘的“权力”和潜意识

的影响之外，没有深刻的道德动机。人的主体性法律知识也许是后现代式的，但人的道德动机同样可能是真实的，人时常会感到道德约束的真实存在。

后现代法律理论可以认为，人们感受到的道德动机是本身固有的，这是一种康德式的道德形而上学假设，其本身完全是虚构的。然而人们可以反问："权力"和潜意识同样是由人感受到的，为何只有感受到的"权力"和潜意识才可以存在？其实，后现代理论如果坚持自己的感受是真实的，便应同时承认他人感受的真实性，否则，其本身便是一种自己欲在颠覆的形而上学。

这样，当一名法官如马歇尔写出"我们必须永远不要忘记，这是一部我们正在说明的宪法"时，我们不仅可以思考他的主体性知识，而且可以思考他的"人"的道德责任，进而承认他的主体性。

二、法律知识的"地方性"

如果作为认识论的法律主体是不存在的，一切法律知识不过是社会历史文化中的法律现象的不断整合与分离，那么，"法律是什么"的问题，只能是不同意识中的"法律知识"的不同整合与分离的问题。

120　法律知识的"地方性"（local）

美国学者布洛姆利（Nicholas K. Blomley）说："隐蔽在法律理论和法律实践中的是一系列政治、社会和经济生活的不断重现或'地方志'。用同一种方式来说，法律以各种形式依赖于有关历史的主张，所以它既界定又依赖一系列复杂的地方志和区域理解。"[315] 美国学者桑托斯（Boaventura de Santos）认为：法律世界"就是在我们头脑和行为中添加、渗透、混合的不同法律空间的世界。我们的法律生活，是由

不同法律秩序的交叉片断即交叉法域构成的”[316]。戴维斯认为：“法律……通过许多层次、对许多人、通过许多人发挥不同作用……警察的活动、受害者的处境、法院发生的事件、家庭分离的经历、法学院的说教、法律工作者的咨询、法学会的工作等，所有这些作为法律体系的层次和空间而存在，可以作为地方性的话语来研究和描述。”[317]“像‘自我’经验法律一样，我们存在于各种‘节点’或支撑物上，每天从各种各样的权威、制度和其他法律知识的影响中接收各种类型的信息。”[318]“法律的‘意义’不仅通过法官和立法者的宣告而产生，而且通过复杂的不可全部描述的话语网络和权力关系而产生，这些网络和关系包括法官的社会背景、流行的社会价值、学术与实践网络之间的区别和联系的要点、警察的运作和其他制度。”[319]

山克指出：“后现代主义者总是将知识设想为偶然的，总是依赖于语境，而且总是‘地方性的’而非‘普遍性的’。”[320]

这意味着，如果想要知道法律是什么，便应在“地方化”的语境中理解法律的具体内容。不论人们是否承认，无论是一般性的法律概念还是具体性的法律知识，都将不可避免地“地方化”。如果马歇尔说宪法是什么，那么其他人的观念肯定与其不同。即使他们都认为，在马伯里诉麦迪逊（Marbury v. Madison）案中宪法没有给美国联邦最高法院有关任职问题的初审权，[321]他们的法律知识也是“地方化的”，因为它们的知识内涵是不同的。

121　后现代社会·权力／知识·话语·逻辑中心的解构

法律的地方性知识的观念，与“后现代社会条件”的认同观念有着密切联系。杜兹纳、沃灵顿和麦克维指出：“制定法、委托立法、行政立法及裁决、司法及准司法判决的千奇百怪，制度和人事机构的多种形式，争议避免及解决的方法的多元形式，无论如何不可能被一致的

封闭的规则或价值的整体所统一。法律语言游戏不断扩散，不可能被视为公共的善、一般意志、主权者愿望或某种统一原则体系的体现。后现代性的条件注定消除了法律统一性和不同之间的妥协的可能性……”[322]

另一方面，法律的地方性知识的观念与福柯的权力 / 知识理论和德里达的解构逻辑中心论有着密切联系。福柯以为：“我们应该承认……权力产生知识（不是因为知识服务于权力故简单地用鼓励其的形式，或者因为知识有用故运用它）；权力和知识相互暗含着；不存在没有地域知识的相互联系的权力关系，也不存在未同时预设并构成权力关系的知识……认知主体、被认知的客体和知识形态，必须被视为众多权力 / 知识及其历史转换的基本内涵的结果。”[323] 福柯相信，从 18世纪以来，国家权力已逐渐被“学科权力”（disciplin e power）所替代。在现代，“学科权力”是主导形式，它存在于学校、医院、监狱、家庭、工厂、学会等学科格栅之中。国家权力以主权者理论为基础，是一种一方得益他方损益的权力。其组织形式是集中化，运转方式是自上而下。它依赖力量的、服从的、约束的话语。与此相反，学科权力没有中心，它通过社会运转，其作用是零碎的、细微的。它从下而上发挥作用，以规范化和标准化的学科话语为基础。现代社会表明，“正是在话语中权力和知识被结合在一起了……我们不必设想一个话语世界，其中分为被接受的话语和被拒绝的话语，或分为统治话语和被统治话语；而应将其设想为可以用各种策略发挥作用的复杂话语因素……话语既可以是权力的工具，也可以是其结果……话语传递并产生权力，它加强权力但又削弱并揭露权力，使其虚弱并使挫败其成为可能”[324] 。

德里达认为，语词概念相互之间存在着“踪迹”关系，由语词概念形成的观念思想之间同样存在着“踪迹”关系。而且，尤为重要的是，在踪迹关系中可以看出不同观念思想之间不存在谁为基本谁为次要的

问题，它们之间是相互依赖的关系。[325] 这样，以往理论思考设想的观念的“逻辑中心”，便是不存在的。

法律地方性知识观念的目的，是要打破以往主流法律理论的法律知识统一性的观念。在这些法律理论中，从分析法学和哈特的外在观察者的角度来看，法律内容的一致性可以通过一个基本的具有“识别功能”的标准来确定，由此，人们可以获得一个统一的法律知识；从德沃金的内在参与者的角度来看，在建构性解释中，解释者可以获得一个唯一正确的法律答案，法律知识从而可以在新的意义上具有统一性。地方性知识的思想，是要摧毁这样一种企图。布拉姆莱说：法律知识的地方性“是对法律客观性、整体性和稳定性的潜在颠覆”[326] 。杜兹纳、沃灵顿和麦克维以为：“现代性的正统法理学建构这些理论，即将法律塑造为一致性的规则体或原则体，或主权者意志表达和意图的统一体……其主导策略是试图将法律本文编织成一个唯一的无裂痕的面纱，其中不断产生、环流和重复权威的平衡的类型。”[327] 而后现代法律理论“挫败所有为说明社会现象而建立宏大、整体理论的企图。它拒绝接受这样的观念，即‘在那里’存在一个‘真实的’完善构成的完全一致的世界或法律制度等待理论去发现。它讲述一个有关我们生活和世界的小范围的、地方性的、开放的故事”[328] 。“后现代法理学的任务就是解构法律本文中的逻辑中心”[329] 。

或许有人会说，作为一种有说服力的法律理论，至少应该可以说明大多数的法律现象。而后现代法律理论，由于强调后现代社会条件，从而也只能是说明后现代社会的法律现象。社会存在着现代社会和前现代社会，在这些社会中，法律也许并不具有后现代性。但是，后现代法律理论仍然可以认为，这种批评本身就是错误的，因为，人们只能在一定的语境中来谈论法律理论。现在的语境毕竟是后现代的语境，这种语境中的后现代理论不会、不想也不可能去说明现代社会和前现代社会的语境。而且，最为重要的是，后现代语境中的理论根

本不可能超越后现代条件，不论何种理论都是如此。想寻找一种时间空间都无限的理论，本身便是自我矛盾的，也是徒劳的。它将更为不能说明当下的法律现象。

122　法律的地方性·法律的不确定性

然而，语境中的地方性法律知识的概念，表明后现代法律理论并不否认一定范围内的法律知识的存在与确定。这种知识是微型的、片断的，但它同样是可以发现可以明确的。显然，这与现实主义法学和批判法学存在着重要区别。在后两者看来，无论在宏观上还是微观上，法律知识都是无法发现无法明确的。因此，后现代法律理论在强调法律知识的地方性时，承认了法律确定性的地方性。

可以认为，这种知识和确定性的理解，与否认拥有自由意志的“主体”的存在的观念有着重要联系。如果“主体”是不存在的，形成“主体自我”的意识本身便是语言知识的构成，那么，当然不存在自由意志“主体”对“本文”恣意妄为，从而使“本文”成为纯粹的主观理解的问题。构成法律知识的“本文”，因而本身保持了自身的语境化和地方性，从而保持了特定范围内的确定性。

在现实主义法学和批判法学中，主体是存在的，并且或多（现实主义法学）或少（批判理论）可以对“本文”恣意理解与说明。因此，在主体复杂多样的理解说明中，本文终究成了主体自由意志的囊中之物，法律知识因而是不可捉摸的，从而不具有任何的确定性。

当然，在批判法律理论中，主体也并非具有完全的自由意志，因为，在其之后存在着神秘的意识形态统制机制。主体总会在意识形态的“操纵”下提出对“本文”的理解与说明。但是，意识形态的概念，在某些方面不同于后现代理论有时依赖的福柯的“学科权力／知识”的概念。前者是一种不断再现“想象关系”的机制，本身并不存在特定范围

的确定性，后者则是“专业性”的和“区域性”的，本身存在特定范围的一定确定性。因此，在另一方面，意识形态又可使具有一定自由意志的主体更为不确定性地理解说明本文，而“学科权力 / 知识”，本身便地方性地相对固定了意识中的知识状态。

123　“地方性”法律知识·法律的权威·自我解构

在地方性的法律知识的概念中，后现代法律理论的逻辑推论是：一切法律知识，不论是一般性质的还是具体性质的，都是当下的法律知识，无一是永恒超验的。于是，没有一种法律知识可以站在他者之上自称唯一正确，没有一种法律知识，可以作为最终评判标准声称谁是法律。一切法律知识都是相对而言的。因此，并不存在法律的统一性权威。

然而，如果法律是“地方性的”，那么它在“这个地方”是否有权威？后现代法律理论可能会回答：当然有权威。既然有权威，这便表明它在该地方有一定的普遍性。而如果是这样，后现代地方性知识理论将面临一个十分严重的问题：权威普遍性的范围究竟有多广？在这个地方之内有无“统一性”的权威？如果有一定范围而且有一定权威，那么，根据自己理论对正统法律理论的解构方法，必然得出没有一定范围和权威的相反结论。因为，“地方性”是一个相对的概念，人们既可将一个很大的区域叫作一个“地方”，也可将一个很小的地方叫作一个“地方”，而且可以无限地用解构的方法将“地方”化小（学科专业也面临同样问题），直至不存在一个范围，从而使“地方性”的法律权威不存在。

这表明，如果后现代法律理论是前后一致的，“地方性法律知识”的概念则只能是一个自我颠覆的概念。其实，从一个角度来看，原初正统的法律理论大多也是“地方性”的概念。因为，它们时常是在一

个国家之内来分析法律的权威。只是这个“地方”似乎大于后现代法律理论的“地方”。既然如此，人们可以认为，后现代法律理论实际上是一种“缩小”了的现代理论，前者与后者就法律权威的范围而言，只有程度大小的区别，而没有实质有无的区别。因此也可以认为，后现代理论在理论层面上，并没有像其自己想象的那样彻底摧毁了正统的法律理论。如果认为正统理论的法律知识说是武断的，那么其理论同样是武断的。它武断地要求：“地方”分到一定程度便要停止，“知识”地方化到一定程度便要打住。

人们可以发现，很多后现代法学家主张研究一定范围的地方法、区域法，但同时可以发现，他们并未给出理由说明为何到这一层次便应停止。如果某人问一个国家的法律是什么，按照后现代理论，这个问题本身问法是不对的，而应问这个国家里面的一个地方的法律是什么。可是，某人可以依这种方法说：问一个地方的法律是什么同样是不对的，人们只能问这个地方里面的更小的地方的法律是什么。可以看出，这样的问题可以无限追问下去。换言之，只要开始这种“解构”，任何人就没有理由在一个地方停止下来。

这就是后现代法律理论面临的自我解构的难题。

当然，后现代理论可以继续彻底地贯彻解构理论：将“地方”无限缩小。但是如果无限缩小，将根本不存在任何知识的问题。知识不断缩小的具体结果只能是没有任何知识。因为，人们所说的知识一定是在一定范围之内有效的东西。后现代法律理论本身也是不否认这一点的。

124　后现代认同·姿态选择

对于当下法律社会是否存在后现代法律理论所说的“后现代性”，人们也是可以争论的。

后现代法律理论相信，进入后工业社会以后，法律社会的方方面面呈现出与以往颇为不同的地方化和多元化。但是，人们可以发现，一方面，法律社会中的法律科层仍然主要是在法律的统一下传递发布“法律是什么”的知识，大量简易案件的存在，大量法律文件没有障碍地统一实施，便已说明这一点。而且，那些委托立法和行政立法，也时常是在较为一般的法律原则的约束下展开的。另一方面，即使在法律历史过程中，后现代法律理论强调的那些“后现代性”境况，其中许多也是早已出现过的，比如，法律解释的多样性和司法判例“被区别”的多样性。这些状况表明，后现代法律理论似乎仅看到并仅强调了法律社会中的某些方面。

可以这样认为，后现代法律理论找出多少“后现代性”的法律状态，持有另一种观点的理论也可找出同样多的“现代性”法律状态。如果是这样，如何看待法律现状及用何种理论对其作出解释，在很大程度上，便依赖观察者与解释者的知识状态和姿态选择。即使以后现代法律理论自身理论来理解，在这种条件下，人们亦可认为，观察者与解释者的主体知识语境化（即有时在现代性法律语境中，有时后现代法律语境中）可以使某些人作出“后现代性”解释，也可使某些人作出“现代性”解释。

125　法律政治学·统治阶层的“霸权”

与批判法律理论类似，后现代法律理论提出地方性法律知识的概念，目的也在于指出法律的多元化，也在于释放被主流法律理论边缘化了的主张与利益，并希望所有法律知识都可以平等地存在，而一个开放的社会必须允许这种多元的存在。就此而言，地方性法律知识论的描述，同样出于一定的政治策略。

施拉格便以为，“主体”概念及地方性法律知识的形成过程本身就是一种“政治形成”，这种形成本身就是一种政治学。[330] 桑托斯说：在地方性的法律知识之间的选择，是“促进某些类型的利益和争论的表达，压制其他类型的利益和争论的表达”[331] 。所以，在后现代法律理论看来，“法理学走向后现代是为了恢复并重塑其对社会及理性的多元和开放的追求”[332] 。

但是，在后现代法律理论中，并不存在一种对统治阶层的法律“霸权”的指责与揭露。某些批判理论学者，为贯彻“批判”的初衷与主旨，强调对在法律之中存在一个“政治阶级霸权”的分析与批判。这样，批判理论有时暗含了“被批判揭露”的法律霸权是错误的，而其主张的新的利益是正确的这样一种结论。而这一结论，在后现代理论之中已被视为“缺乏自我反省自我警惕”。因此，杜兹纳、沃灵顿和麦克维以为，“后现代法理学恰恰不是一种意识形态（统治阶层霸权意义上的）的批判”[333] 。

就法律的特性而言，如果后现代法律理论相信法律的“地方性”，从而主张法律的多元性，那么，在“地方性”概念中出现的内在自我解构（即可以不断“地方化”）困难，便同样使多元化主张可能成为“法律本身不应存在”的一种虚无主张。因为，只要坚持“地方化”，便没有理由在一个“地方”停止下来，这一不断解构的结果，使法律一定范围内的普遍性和权威性必然彻底消失。

三、小　结

在法律本体论上，后现代法律理论主张，法律是“地方性”的、“区域性”的。在这样的法律景观中，并不存在法律的统一性和中心性。因为，所有法律都是特定语境中的法律，不仅从理论上看是如此，而且从现实法律的后现代性上看，也是如此。然而，没有统一性和中心

性，并不意味法律在任何条件下都没有确定性。在特定的“地方”和“区域”中，法律表现了特定的确定性。

就“地方化”而言，后现代法律理论的本体论不能回避一个理论困难：在地方化之后的“地方”和“区域”中，仍然可以继续“地方化”，而这一推论的逻辑结局只能导致地方性法律的不存在。后现代法律理论始终强调法律是“地方性”的，但也因此始终无法说明，为何可以地方化到一定程度便应停止。另一方面，“地方化”观念以现实法律的后现代性为依据。然而，对现实的解读并未表明法律仅具有后现代性。在此，后现代法律理论同样展示了一个姿态选择。

在法律价值论上，法律的“地方性”本身便表明法律的多元性，因此，应允许各种法律理解的存在。后现代法律理论在此实际上要求法律过程中的利益再调整。但是，在“地方性”的法律本体论中，“地方化与多元化”的价值要求的推论，可能导致彻底的法律虚无结论。这一结论，是后现代法律理论本身也不希望存在的。

在法律知识论方面，以往理论认为的法律“主体”的意识，本身便是社会现实语言与知识的一种表现，“主体”观念本身，便是一种社会构成。这样，自由意志的主体“我或我们”是不存在的，主体自觉的认知从而同样是不存在的。也由此，以往法律理论所说的法律知识，事实上是社会已存在的法律知识的不断组合与分离，其背后，则是人们可以感受到的“权力”或“潜意识”。

但是，人们毕竟可以感受到某种深刻的道德要求，正如同人们可以感受“权力”与“潜意识”的存在一样。于是，法律主体的自由意志与自我意识，不能被认为是完全不存在的。法律知识，在此意义上便不能离开自我意识的道德认识的理解。

与现实主义法学和批判法学对比，如果认为前者是彻底的法律怀疑论，那么，后现代法律理论是有限度的法律怀疑论。而与批判法学相对照，批判理论的前提是认为法律中存在着“对与错”，而后现代理论否认这一点。但是，就多元化的主张而言，两者存在着亲缘关系。

在整体上，后现代法律理论消解了现实主义法学、哈特的法律理论、德沃金的法律理论和批判法学的主体认知论，即认为法律存在于主体的认知中。后现代理论以为，法律从始至终都是一种自在自为的“本文”，其中，不存在主体的自我意志的因素。

第七章　需求对话中的法律

你现在需要什么?

——乌比克

德沃金的理论和批判法学理论虽然在出发点和策略方面存在着很大的不同，但是，它们在一点上有着共同之处：或多或少承认法律实践主体的自由意志的存在。它们都存在着现实的要求：要么积极地理解法律，要么消极地理解法律。这种要求显然具有内在的社会建构动机。后现代法律理论则将批判法律理论的解构方面更进一步推演，将具有自由意志的“主体”彻底清除，从而只留下了没有意识的毫无生命的“本文”。后现代法律理论坚信，法律主体的消失和法律知识的地方化，是德里达名言“本文之外别无他物”的必然结果。于是，在其理论中，由语言构成的“主体”不可能存在内在的社会建构动机，无论具有何种想法与动机，都仅仅是通过无生命的语言表现出来的地方化的区域性的社会历史法律文化。

然而，不论语言的解构分析如何可信，有一个问题似乎是后现代法律理论颇为难以解决的：在社会中，人们（或说在意识中体现出来的地方性法律知识）之间总存在着一些矛盾，如果对这些矛盾的存在视而不见，那么，这些矛盾总会使各类不同的地方性法律知识无法并存（即使法律以这种方式存在）。因此，在法律的语境中，人们不能认为：“让其并存好了，它们都是语境的产物，都有存在的理由，谁也不优于谁。”

实际上，倘若地方性法律知识的理论可以成立，那么，任何法律纠纷中便一定存在法律知识的相互冲突。而在法律纠纷中，人们必须而且只能解决冲突并使某个“地方性法律知识”优于另一个（即使是暂时的）。在里格斯诉帕尔玛案中，被告和原告有自己的“地方性法律知识”，厄尔法官和格雷法官也有自己的“地方性法律知识”。在此，为解决纠纷，人们不可能让其并存下去。因为，必须要解决帕尔玛是否有权继承被害人的遗产的问题，否则，只能导致更为严重的法律纠纷。当然，后现代法律理论可以认为，这里的解决或判决最终还是“权力”话语的结果，这种判决并不意味着具有自由意志的主体的理性判决。然而，在此问题的关键不在于判决是谁的“权力”话语，判决是否具有客观意义上的理性，而在于人们必须要作出判决，必须在判决中解决“法律是什么”的问题，否则，当事人之间的纠纷便会更为严重，人们之间的关系以及社会便有可能因此而无法存在。而且在现实中，人们也从未默认这种纠纷可以任意存在下去。

这是否意味着后现代法律理论忽略了一个重要的“实践理性”问题?

一、对话中的法律客观性

针对后现代法律理论的“实践困难”，一种新的实用主义法律理论应运而生。新实用主义法律理论以为，在法律实践中，正是因为人们不断面对并解决具体的法律问题，因而，法律是在实践中形成并展示自身内容的。在法律实践中，人们只能面对而不能回避“法律是什么”这一认知问题。

新实用主义相信，后现代法律理论固然在主体意识如何构成的问题上作出了透彻的说明，但是，其将实践中无法回避的问题弃之不顾，则是令人无法忍受的。虽然人的主体性是由语境化的知识语言构

成的，然而，这不意味着个人之间不能交往对话，不能通过交往对话对实践问题作出回应。在此，应该注意人们（或地方性知识）之间的相互关系，承认在政治领域里尤其是法律领域中，人们的相互关系具有首要意义。人们可以而且应该通过对话交往来解决实践中的“法律是什么”的问题。概言之，人的语境化的主体性，不能而且也不应使人们回避法律实践中产生的问题。

126　主体性的信念

为在实践中具有意义，新实用主义法律理论首先利用“信念”的概念，恢复主体的“人”的性质。

这种理论以为，虽然作为个人的主体性是由社会历史文化性质的语言构成的，但是，人在经验中并非仅感觉到自身是完全被动机械的，他可以感受到，自己与他人作为存在可以作出较为理性的决策、较为客观的估价和较为独立的道德选择。因此，对主体的社会意识状态“本文”化的一般信念，不应导致在实践中对自由意志无法依赖的结论。

美国法学家费什（Stanley Fish）[334]说：“心脑不是一个僵死结构，而是一组相互联系的信念，其中一个信念可以在活动中对另一个施加压力并导致其自我转换。”[335]他认为，原初潜在的信念可以成为主导的信念并引起心脑转变，通过这种方式，一个人可以被他人或其他事物“说服”。[336]信念是人们需要的东西，即使在一般意义上没有客观的知识，人们仍可具有“信念”。对客观知识的怀疑论，不应也不可能使人们不对某些事物作出肯定回应，不对环绕周围的事件活动具有强烈的感受。[337]反对客观统一知识论的人，可以在政治道德领域里主张客观论。[338]

127　对话的客观性

如果法律实践中的交往对话是颇为重要的，而且主体本身便具有“人”的信念，其目的在于希望通过交往对话解决语境化的法律认知之间的冲突与矛盾，那么，实现这一目的的前提条件，便是设立一个人们接受的客观性标准。后现代法律理论以为，由于不可能存在客观中立的判断标准，不同法律理解只能彼此尊重共同存在，其中任一理解不能自称具有客观性和中立性。新实用主义法律理论以为，虽然不能得到一个纯粹客观中立的标准，但是通过交往对话可以形成一个“对话的客观性”（conversational objectivity），根据这一“客观性”，便可在认知中确定“法律是什么”。

美国法学家波斯纳（Richard A. Posner）指出：对话的客观性，“仅仅是合理性质的。这是说，尽管其在本体论或科学意义上来说是不确定的，但其也并非任意的、个人的、政治化的（狭义上）、完全不确定的。它伴随着说服性的阐明并以此为标准，即使这种阐明并不是必然的令人信服”。[339] 对话客观性不同于人们时常所说的另外两种客观性：对应于外在现实的客观性，具有不同意识形态内容或前结构观念的人都可以使用的可重复的科学程序意义上的客观性。[340] 在大多数法律实践中，对应于外在现实的客观性是不可能存在的。科学程序的客观性，“有时可以达到，但就法律职业的态度、其所受的限制以及它所处理的问题的性质而言，时常不能达到”。[341] 换言之，“实用主义者怀疑存在着用以判断表述的恰当性的可观察及‘客观的’标准，因此，它更为喜欢允许市场式的交谈作为裁断者”。[342] 美国学者韦斯特（Cornel West）同样认为：新实用主义法律理论“强调讨论教学式的和对话式的交往。这样一种高尚的自由主义主张，大量的资源差异、广泛的观念不同或普遍的利益冲突，都可以通过适当的教育和公民对话来克服”[343]。美国学者威尔斯（Cathar ine Wells）则着重指出：“首先，小心翼翼地真诚对待自己具体观点的局限性，其次，真诚开放地理解尊重他人的观点，这些都是严肃的投入意识。为了尊重这些意识，我们必须开拓对规范问题更为柔性的态度……”[344]

128　对话客观性的获得

当然，对话客观性的获得不是依靠机械的程序，而是依靠某种机遇性的条件，如特定社会的同质性程度，可利用的推论资源，产生一个结论的社会压力程度。概言之，对话客观性是一个“政治的达成”。

在波斯纳看来，要特别注意对话中的推论出发点和推论手段。在法律实践中，十分重要的是人们时常依赖“实践理性”（practical reason）作为推论出发点。实践理性“是一个摸彩袋（或摸物袋，grab bag），其中包括轶事、内省、意象、常识、移情、动机指向、言者权威、隐喻、类比、前例、习惯、记忆、‘经验’”[345]。实践理性时常是不可置疑的，就如同人们时常不会怀疑“猫不从树中长出来”这样的陈述一样。在实践推论中，实践理性作为一种信念或直觉，“如此根深蒂固以至我们不知如何去质问它们”[346]。而实践推理（practicalreasoning）是以实践理性作为出发点的，它时常是以具体信念直觉作为开端，并以此来断定各种证据的相关性和有用性，而不是像一般人们以为的那样，实践推理依赖于是否与证据本身相符。作为实践理性的信念与直觉，其本身便包含着目的性。因此，在另一种意义上实践推理是以目的为开端的。这意味着实践推理时常蕴含着一种干预现实、改变现实的内在倾向。

正是在这种实践推理的对话中，法律才逐渐确立了自己的权威，确立了相对的统一性，确立了自己的一般内容和具体内容。

129　相互对话的法律实践者和自我确证的法律实践者

在此可以发现，新实用主义法律理论与德沃金的理论有着类似的地方。前者像后者一样，强调在法律实践过程中考察把握法律知识的意义。威尔斯本身便直接认为，外在观察者的观点与实践中的参与者不存在有意义的关系。“当我们转向法律判断的伦理学和认识论时，区

别参与者与观察者同样是有意义的……法官不是观察者。如果想发挥法律判断的作用，法律实践者的作用要求其将自己置于实践活动的境遇中……法官是参与者，这不仅因为他们在具体案件中作出具体判决，而且因为他们参与了法律传统形成发展的宏伟工作。”[347]“实用主义法律理论，拒绝外在观察法律的传统观念，而是强调法律判断的内在境遇的性质。”[348]费斯同样认为，外在于具体实践观念的抽象理论在实践中是不可能有结果的。[349]

但是，新实用主义法律理论的对话说与德沃金的理论有着重要区别。前者强调了法律实践主体间的对话交流，后者强调了法律实践主体自身的责任反省。前者表现了非康德的“实践理性”观念，后者似乎表现了康德的“实践理性”观念。前者认为，在对话中才产生某一法律理解优于另一法律理解的结论，后者认为，在确证中才能得出这样的结论。

其实，在新实用主义法律理论看来，德沃金的内在参与者观点实质上忽略了实践参与者之间的相互关系。在实践中，内在参与者不能避免对话与交往，因为，就像德沃金所说的“理论争论”真实存在一样，内在参与者之间必然要对法律问题进行交流对话，以解决“法律是什么”的问题。

130　科学中的标准与政治中的标准

当然，对话说主要是对批判法律理论和后现代法律理论的一种“常识”抵抗。它相信，在纯粹的理论层面上，两种法律理论的“法律知识多元”论是不可避免的。但是，常识告诉人们，法律是一种实践，这种实践必须要在一定时期一定范围达成一定的统一性。因此，实用主义法律理论给自己设立的任务是：在接受两者法律理论的部分学说的基

础上，寻求一种非德沃金式、非以往正统法律理论式的新的法律知识论，以此来抑制两者法律理论的怀疑性。

于是，一方面，法律本身不存在科学意义上的客观中立的标准确定自己的内容与性质；另一方面，在社会政治法律对话交流中，法律获得了一种柔性的客观性中立性。就此而言，以往正统法律理论的失误，在于不能从理论层面上证实科学意义上的客观中立的法律知识的存在。它们以为，可以用主权者的命令，或“基本规范”，或“承认规则”来确定法律的统一性，从而解决法律是什么的问题。然而，知识论的解构已说明这种知识是不存在的。而批判法律理论和后现代法律理论的失误，在于不能从实践层面上证实解构理论的现实意义，它们相信，法律要么是内在矛盾的，要么是地方化的，可法律实践要求在某个时刻必须存在一种新的统一性，法律社会不能放任“矛盾”及“地方化”的无限制存在。这样，新实用主义法律理论试图保持一种新的法律自由主义姿态。

131　对话客观性的可能性

对话客观性的观念主要来自罗蒂（Richard Rorty）的新实用主义哲学。罗蒂以为，人们应该采用杜威的实用主义态度：最大多数人的幸福与理性是两个不同的问题。虽然不可能存在一个中立的哲学观点，但这不意味着人们在政治领域无法达成共识。在政治领域里，民主共同体是一个非常重要的概念。[350]罗蒂指出，新实用主义相信存在着一种客观性，但这种客观性应是“亲和性”，既不需要一种形而上学，也不需要一种认识论。[351]而杜威（John Dewey）则说：“语言的核心与其说是某种先存意义的‘表达’，不如说是先存思想的表达。它是交流；它在合作者的活动中建立合作关系，其中每个人的行为由这种合作修正和调整。”[352]

然而，在法律实践中，能否在任何条件下通过对话交流达到一种客观性？在前面第017小节描述的麦克劳夫林诉奥布雷恩案中，英国初审法院认为，应以“疏忽行为者仅对自己可合理预见的伤害负责”的原则思考法律；上诉法院认为，应以各种政策考虑为依据；而上议院有的法官认为，应以平等对待的政治道德准则为依据。在很多情况下，不同看法的原因便在于人们的政治道德立场的不同。于是，人们有时自然难以达成共识。就此而论，新实用主义的想法是否过于理想？而如果有时不能在法律上实现一种交流对话的客观性，同时在理论上又承认不存在纯粹客观标准来判定是非，那么，新实用主义是否有时将面临批判法律理论和后现代法律理论同样的困难：相对主义和虚无主义？

二、效果中的法律

从新实用主义法律理论可以看到，科学意义的客观中立标准不能也不应成为对话客观性的标准，而市场式的“谈判”之中才存在一个裁断者。那么，这个裁断者是什么？新实用主义法律理论认为，这个裁断者是实践效果。

132　普遍原则指导·效果探索尝试

波斯纳说：“实用主义者会强调‘解释’中的效果作用，这个作用被看作为了结果而谨慎使用文本。例如，实用主义者会指出，人们将把‘我将吃掉我的帽子’这个句子看作滑稽可笑的，因为，想吃掉一个人的帽子的结果是不幸的。”[353]“在处理一个人们视为‘法律’解释的问题时，实用主义者在考虑保持语言作为有效交流的传媒工具的重要意义以及保持权力分立的重要意义等问题的同时，将会问何种可能的解决办法具有最好的效果。”[354]新实用主义法律理论坚持认为，判断思想的标准不是“客观的”“中立的”标准，而是其与社会或其他人类需

要是否相符。[355]实践效果论导致波斯纳认为，法律实践者的法律判断应以事实、经验的考虑为基础，而不是以传统法律分类和抽象原则为基础。[356]

在新实用主义法律理论看来，在法律判断的领域中存在着两个截然不同的指导观念：普遍原则指导和效果探索尝试。这两种观念如同以下例子所说的“地图指导”观念和“路线摸索”观念。

当某人想去某个地方时迷路了，人们应该如何帮他解决问题？有两种方法可以考虑：其一是找地图，其二是尝试摸索路线。第一种方法要求首先要找大地图，然后再找小地图，最后确定迷路者及其目的地的确切位置。这个过程可能要不断重复。第二种方法是干脆去现场找到迷路者，凭经验和直觉带他尝试各种路线。在途中，可以不断询问当地人，不断寻找新的线索。第二种方法可能会较为浪费时间，但可能也会较为节约时间（比如很幸运地一下便找到目的地）。有人会以为，通常来说，遇到这种情况人们总会先找地图，然后解决实际问题。但是，有时可能没有地图，或者找到两份不一样甚至相互矛盾的地图。如果是这样，人们又要先绘制一份地图才能解决实际问题。对于第一种方法，最大的问题正是在这里。如果地图系统毫无问题、准确无误，那么，地图式的方法不无优点。但是，这种方法在开始便可能将人们带进争论不休的问题之中，人们可能会不断争论地图怎样绘制。因此，第二种方法也许就是最佳选择。[357]

在法律判断中，以往多数法律理论的一个共同点是“地图式”的指导观念。像奥斯丁、哈特那样的实证主义，遇到实际法律问题时，便会先用一般的法律观念（大地图）将法律问题分类，看其属于哪类法律范畴，然后再找具体法律（小地图），最后找到法律规定。如果法律规定不能解决问题，便找类似规定或自由裁量解决。而德沃金虽然与其不同，但德沃金也是“地图式”的观念，即先在法律制度中抽象出

一般法律原则，然后不断将原则具体化，最后推出解决问题的规定。这些“地图式”的法律观念的共同弊病是：假定可以找到一个统一的法律范畴或法律原则。然而，实际上可能并不存在这样的范畴或原则。

与此相反，新实用主义法律理论不纠缠在是否有一个统一的法律范畴或原则，在那些不易解决的法律实践问题中，它只想在法律直觉和已有的法律观念中，不断尝试性地分析各种解决办法的效果。

133　法律实践效果的思考·工具主义

从新实用主义的这个观念出发，人们可以发现，如果说德沃金在里格斯诉帕尔玛案中分析出了法律原则的首要意义，那么，波斯纳在该案中则分析出了实践效果的首要意义。

在该案中，帕尔玛将被继承人杀害，而被继承人在遗嘱中恰是将帕尔玛当作继承人。[358]波斯纳指出，人们应该首先这样理解法律与该案的关系：当时该法并未将杀害遗嘱人列为例外情况，此时法院是否可以在遗嘱法中“读进”例外情况？“对实用主义者来说，回答依赖于结果。”[359]人们可以考虑如下结果。一方面可以认为，如果法官可以在遗嘱法中“读进”一个例外情况，那么将不会对立法者形成有益的立法压力，迫使立法者谨慎小心地修改法律，同时还会违反一个原则，即立法机关而非法院有权规定对这类谋杀的处罚。另一方面，人们自然会注意到这些情况：第一，如果允许谋杀者继承遗嘱财产，便会鼓励谋杀行为；第二，人们不愿给已经负担沉重的立法机关再增加麻烦；第三，剥夺帕尔玛的继承权完全符合遗嘱人的原本意愿，而实现这个意愿正是遗嘱法的最终目的，换言之，遗嘱人预见到谋杀时不可能将财产留给谋杀者。[360]波斯纳以为，正是在对这些结果的考虑中，新实用主义选择一个结果。它并不考虑所谓的一般法律原则，“法律是什么”就在这个结果考虑之中。

在新实用主义法律理论看来，“与此相联系的一个要点是：法律是向前看的。这个要点暗含于法律的工具主义观念之中，工具主义是实用主义的法律观念，它将法律看作人的需要的工具……”[361]“我们新实用主义在自身观念背后保持这样一个记忆：我们正在思考某种目的，即工具式地思考。”[362]这样，新实用主义法律理论将工具主义的概念导入法律知识的分析。在新实用主义法律理论看来，“工具主义主张思想是在其追求人的目的过程中形成并接受检验的”[363]，“坚持命题是由其结果检验的”[364]。这是说，法律知识的存在是与其作为法律主体的工具密切联系的。

134　实际效果·道德是非

现实主义法学强调法律并不具有确定性，但在此基础上主张用实用主义来重塑法律的适应机制，并乐观地认为，法律不确定性正是实用主义效果论得以施展的有益契机。新实用主义法学虽然并不对“不确定性”津津乐道，但是，对实用主义的效果论同样是倍加赞赏。

在这个问题上，与现实主义法律理论类似，新实用主义法律理论同样接受了杜威、詹姆士的工具主义效果观。詹姆士说：“实用主义采用了一种‘工具主义’的真理观……它认为，我们观念中的真理意味着它们发挥作用的能力。”[365]“直截了当地说，‘真实’仅仅是我们思维方式中的方便。”[366]

但是，有论者以为，新实用主义法律理论的问题在于忽视了法律政治实践中人们语言表述的重要意义。“一般法律工作者在法律实践中认为，某些法律意见使法律公正合理，某些不是这样。一般公民认为海湾战争是正义的或非正义的。他们并不认为说正义或非正义是愉快的、有意思的、有益的或有用的，而是认为实际就是正义或不正义，因为派遣军队实际上是一件应该做的事情，杀死无辜平民总是不对

的。因此，仅仅说出在‘法律实际上是什么’或‘正义实际上要求什么’这类陈述和‘以某种方式说或思考会有用’这类陈述之间的区别对我们是不重要的，本身便是一个轻描淡写。关键问题在于：没有这个区别，我们根本不能‘去实践’。”[367]

换言之，在法律实践中，人们有时并不像新实用主义法律理论描述的那样对待法律问题。新实用主义仅仅满足于“方便的感觉”，这表明它未感觉到有责任说明为何这样选择而不是那样。[368]这就如同在一个杀人案件中，不能像后现代法律理论那样说怎么判决都可以，人们同样不能说：判其有罪还是无罪视需要、方便、效果而定。在法律实践中，的确存在着结结实实的是非问题。

或许，新实用主义法律理论与后现代法律理论一样，在此面临着一个难以自证有力的困难问题。

三、需求语境中的法律

如果结果的考虑是颇为重要的，那么怎样衡量结果的优劣？有没有具体的方法做到这一点?

135　语境中的衡量

新实用主义法律理论以为，如果人的法律理解在社会历史文化建构的语境中才有意义，那么，效果的考虑同样是在语境中展开的。美国法学家格莱（Tomas C. Grey）说，新实用主义坚持认为：“习惯、历史、文化、他人的行为和判断，都对我们的目的、愿望和爱好的形成发挥了作用……所以我们保留了这样一个记忆：我们是在面对永远无法充分认识的一个默认前提背景来思考的，我们在语境中思考。”[369]因此，“语境论强调法律根植于实践和默认的机巧；工具主义要求根据

这些实践如何在具体情况中产生满意结果来判断它们的价值”[370]。他以为，新实用主义的实质，便在于用具体分析问题和实践解决办法的方式来替代传统的普遍抽象的思考方式。[371]美国学者弥诺（Martha Minow）和斯佩尔曼（Eliz abeth V. Spelman）同样以为：语境的概念“强调人们的判断发生在社会经验的语境中”，语境的认同表现了对人类具体境遇的认同，这种认同是将问题置于实际社会的具体状况之中。[372]

因此，衡量结果的优劣便是在具体语境中分析其具体需求。

如果在美国某公司和某大学校园里，发生了对妇女和少数民族人士的言辞骚扰，人们对美国法律存在不同理解和争议，那么，如何在法律上处理这些问题？新实用主义法律理论主张，不应将两种环境中的言辞骚扰视为同类的问题。因为，两者的需求语境是不同的。前者是公司，是一种经济运行实体，其目的主要在于生产与效益，无论对雇主还是对雇员，创利与收益具有首要的意义。此外，在此语境中发生的言语对雇主及雇员来说通常是较易理解的。这样，可对言辞行为采取较为严格的态度。后者是大学，是一种知识研究传播的机构，思想的活跃与言语的丰富，对教师及学生都是有益的。于是，可对言辞行为采取较为宽松的态度。

新实用主义的观念是：不应让前者语境中的“禁止”普遍化至后者语境中，反之亦然。如果将前者中的“禁止”扩展至后者，便不利于言语思想的丰富活跃。将后者中的“禁止”扩展至前者，则不利于公司的有效运转。两者的需求语境是不同的。

136　一般约束的思考和具体需求的语境思考

与后现代法律理论一样，新实用主义法律理论颇为重视语境的意义。后者相信，语境的概念，可进一步表明效果观念的价值，表明某

些法学“一般性质的原则”的思考方式是无效的。

某些法律理论以为，上述实际问题似乎要求为了禁止性别歧视和种族歧视，应以普遍性的规范思考为基础来约束言词行为。但是，如果这样认为，那么在法律思考上便会产生一个二难推理，即引起两个基本法律原则的选择困难。一种法律原则认为，应对言词行为作出某些限制，因为它有时会侵犯他人的权利。另一种法律原则认为，不应对言词行为作出限制，因为允许言语自由本身既是美国宪法的要求，也是一个基本价值。此外，人们可以将其视为两种更为抽象的政治观念的冲突：公民权利和公民自由之间的冲突。

在公司中，如果一名容忍对妇女和少数民族人士进行言词骚扰行为（即赞同言语自由）的雇主，给雇员提供了明显的相互敌视的工作环境以致出现性别歧视和种族歧视，那么，根据前一法律原则，政府可以根据反歧视法，要求这名雇主采取负责任的步骤以避免这类歧视。这些步骤可以包括制定某些一般性的言辞规则，如“不得给其他雇员乱打电话”。但是，当政府如此要求时，这实际上等于在实施言语行为的官方审查。根据后一法律原则，这似乎违反了有关言论自由的美国宪法第一修正案，不符合言论自由的基本价值。

在大学校园中，有关反歧视和言语自由之间法律原则及政治观念的思考的冲突便会更为明显。

公民权利论者可以认为，政府不应墨守成规。对现存的不合理的社会结构及关系视而不见，等于加强了不平等。因此，这种论者可以要求，政府应强有力地有效地禁止歧视骚扰。他们还会将这类骚扰造成的伤害作为范例，要求法律工作者尤其是法官考虑法律解释的实践意义。相反，公民自由论者首先会要求公法与私法领域的明确区分，要求政府行为自我克制；其次，会轻视政府以骚扰作为根据采取政府行为的意义。这个观念，与法律政治中的个人主义观点、人类理性选

择社会生活的观点有着密切联系。它要求在文化的范围里，国家是一个“黑夜守门人”，不应干涉公民的基本言论自由。它不要求考虑社会实践的意义，尤其认为政府做这类工作是病态的。

新实用主义法律理论以为，如果以抽象的原则、政治道德理论来思考这些具体实践问题，根本无法作出效果较好的处理方式。因为，原则及理论的普遍适用意味着超时间、超空间的适用，这种普遍适用必然引起在某个地方的相反结果（这也是两种观念反复争论的原因）。这两种原则和理论是互补的，这样，当一个不能适用时，人们只好适用另一个。这自然引起一种二难推理，两种价值的冲突。

所以，对大学校园中的言辞骚扰而言，法律意见只能而且应该是：仅禁止属于第一修正案言论自由的例外情况（如攻击言辞、导致严重精神折磨言辞）的骚扰言辞，就在这个具体语境中解决具体问题，不让这种禁止普遍化。这种言词骚扰发生在校园内这个具体语境中，而且是针对具体范围内的妇女和少数民族人士的，所以解决办法便应具体化在这个具体语境中。只有这样，才能在不影响其他价值观念的情况下较好地达到具体效果。新实用主义法律理论认为，这种解决办法实际上是将上述两种原则及理论的部分内容有效地结合在具体语境中。[373]

137　知识的语境与价值的语境

需求语境主义是新实用主义法律理论的知识论在实践问题上的逻辑延续。在知识论上，这种法律理论十分关注美国哲学家皮尔士（Charles S. Peirce）早就说过的一段话：“仅仅存在一个你可以从其‘出发’的思想状态，即在确定‘出发’时你实际上已发现自己的思想状态在这个状态中，你已被无穷无尽的业已形成的认识所充满，即使你想抛弃这个状态都不可能……”[374]当然，新实用主义法律理论，主要

接受了后现代法律理论的知识论观点，前者同样认为法律知识是语境化的。

波斯纳说：新实用主义的一个基本要素是反对认识论、伦理学和政治学中的形而上学本体论，否认知识的客观性、中立性、中心性。[375] 韦斯特认为："所有新实用主义者都是反基础主义者，这是说，他们认为知识主张的有效性依赖于由变化的社会实践构成并在其中建构的实践判断。对新实用主义来说，我们凡人获得知识是靠自我批评自我纠正的社会程序，这些程序根植于各种各样的人类过程。"[376] 格莱同样认为："新实用主义明确认同了语境主义观点，即思想总是置身于社会实践的语境中。"[377] 在新实用主义法律理论看来，法律知识的基础论中心论就是认为法律知识本身可以具有一个可靠的出发点，从此出发点可以建立法律知识的大厦，而且在任何法律知识体系中都存在一个逻辑中心。奥斯丁、哈特和德沃金的理论可被视为基础中心论。在此，新实用主义认为后现代法律理论的知识解构是可以接受的。

但是，后现代法律理论彻底否定了人的主体性，因而，在其理论中便无法存在实践中的效果问题，其语境论也不可能在具体需求分析中予以展开。而新实用主义法律理论部分地恢复了主体的自由意志。于是，在价值领域中，语境论不仅被有逻辑地延续下来，而且被赋予了新的实践意义。

实用主义相信，正像一般知识不可避免具有语境性一样，效果、需求和价值同样不能避免语境性。在实践中，法律不仅具有一般知识意义上的语境性，而且具有需求价值意义上的语境性。

138　需求语境论的实用主义和基础中心论的实用主义

从理论发展来看，新实用主义的效果语境论的目的之一，便在于使自己区别于现实主义法学的实用主义，并批判其在实践领域中的基

础中心论。

虽然新实用主义法学与现实主义法学均主张实用主义，但后者在效果工具论中接受了基础中心论。后者以为，法律的不确定性并不妨碍人们获得一个价值上的基础选择。在价值中，选择一个基本的中心的观念对法律的发展是颇为重要的。而且，在后者的视域中，社会功利主义正是这样一种有益的价值观念。新实用主义法学则认为，这种观念本身便忽略了各类价值需求本身的境遇性。在一个语境中需要一种价值，并不意味着在另一个语境中同样需要这一种价值。因为，不仅人的知识是社会文化历史构成的，而且人的需求同样是这样构成的。

实际上，在新实用主义出现以前，所有工具主义论者（包括分析法学）都强调了社会中的主导需要，这些需要或许是幸福、安全、生存，或许是权力、性欲、效益等。他们都试图从其中演绎出系统的可以统摄各种需要的社会政治道德理论。在某种意义上，可以认为他们都是实用主义者。这便不奇怪，为什么新实用主义法学家格莱强调指出：这些理论“开垦了实用主义的工具论方面，但完全忽略了对语境和文化的强调。事实上，未稀释的工具主义理论追求建立统一的固定的目的作为理论基础”[378]。以往颇为注重经济价值基础性与中心性的波斯纳，在接受新实用主义观念之后也认为，“经济方法不可能是法律实用主义的全部内容。因为……即使它能告诉我们某些也许更多有关禁止的效益和结果，但它却不能回答堕胎是否应被禁止的问题”[379]。

显然，新实用主义法律理论的实践语境论试图避开现实主义法学在反基础中心的同时恢复基础中心的理论“陷井”。

139　需求语境论和原则统一论

需求语境论的另一目的，在于对抗德沃金的唯一正确说。

新实用主义法律理论和德沃金的内在参与者观点，都强调了实践者视域的意义。但是，德沃金在内在参与者观点之中试图重构法律原则上的统一性，建构唯一正确答案的推论模式。这似乎是另一种意义上的“在反基础中心（如奥斯丁、哈特的理论）的同时恢复基础中心”。新实用主义法律理论相信，在实践领域中，对抗德沃金的原则统一论的最佳手段就是语境论。因为，语境论更能解释内在参与者本身的知识及愿望的构成，解释不同内在参与者之间对话交流的必要性，从而更能从知识论与实践论两个层面上把握法律的实质意义。

虽然新实用主义具有这样的期望，然而，德沃金的原则统一论或唯一正确说似乎是难以批驳的。因为，就内在参与者本身而言，其是从实践中自身感受的角度来建构原则统一论或唯一正确说的。外在怀疑论的批评对其没有意义。如果从外在角度认为，参与者的知识及愿望存在着语境化，因而参与者的唯一正确结论的设想是没有根据的，那么，内在参与者自身仍会继续存有自己的内在观点。在某种意义上，要对抗这种理论，便必须像批判理论的内在“解构阅读”[380]那样进入实践者的自身感受之中提出其他理论。可是，一旦进入这个“感受”，便等于认为实践者不仅可以说“我认为存在着正确答案”，“我认为存在着相互矛盾的答案”（“解构阅读”分析），而且可以说“我认为这样效果好”。这些表述，都可成为实践者的自身感受表述。如果本身认为法律实践是理想的，也许会赞同德沃金的理论；如果觉得法律实践令人失望（像批判法学那样），也许会赞同“解构阅读”的观点；而如果觉得法律实践是个效果问题，才会赞同新实用主义的观念。实际上，内在参与者本身的知识与愿望的语境化，并不影响其具有原则统一论或唯一正确说的感受，因为，他时常的确会认为，在其视野中总存在一个正确的法律结论，对大多数法官来说，可能尤其如此。

此外，新实用主义法律理论相信人的“信念”的存在，如此，便会更难否认德沃金内在参与者的观点。

另一方面，德沃金有时强调，法律原则的思考并不意味着一项原则必须无条件地适用。一项原则如“不能因过错而获利”，并不意味着永远不能因过错而获利，长期过错侵占，便有可能在某些情况下被允许获得一定的权利。[381]就此而言，可以认为，当德沃金认为存在整体原则或唯一正确答案时，其是以“内在参与”的观点来否定实践者观念中“语境”的内在怀疑倾向；当德沃金认为法律原则并不无条件永久适用时，其是以同样观点来承认实践中的语境的真实存在。因此，新实用主义法律理论与德沃金的理论，在一定意义上，本身便略有类似的地方。

就对话交流的必要性而言，新实用主义法律理论以为，如果知识与需求两方面的语境论可以成立，那么，人们便应承认这一必要性。对于内在参与者来说，这种自觉意识是十分重要的。当其发现不同内在参与者的知识与现实需要总存在语境问题时，他便应展示对对话交流的期待与尊重。在德沃金的理论中，内在参与者并不存在这样的自觉意识，这种参与者总在独自地建构自我的法律解释。这意味着，德沃金否认了内在参与者与他人对话交流的可能性与必要性。

但是，旁人可以看出，德沃金的理论或许并未对此予以否认。事实上，在反复说明“理论争论”的性质时，德沃金已在暗示内在参与者正在参与对话与交流。在此，新实用主义法律理论与德沃金的观点之间的区别，可能在于前者主张对话交流的“效果”思考，而后者主张对话交流的“确证”思考，而不在于前者主张对话交流的可能性与必要性，而后者没有这种观念。

140　需求语境的“理性”·绝对怀疑论与相对怀疑论·法治

新实用主义法律理论颇为强调“需求语境”的概念，并以为，法律的确而且应当存在于这种语境之中。

但是，有论者认为，像后现代法律理论的“地方知识”说一样，新实用主义的法律语境说也存在着一个类似的困境。这便是：如果语境化是正确的，那么，任何法律判断便应可以在任何时候任何地方语境化，而且在法律上说明需要合理的推论方法，推论方法也应是可以语境化的，而这恰恰将会导致一个推论方法上的虚无论，即每个人在每种情况下都可以具有一个推论方式，这些方式不存在他人是否可以理解的问题，由此，目的在于向他人证明某物的方法便不存在了。[382]

批评者指出，即使人们赞同在法律判断中存在一个“游戏”问题（即不断变化不断变换），游戏本身也存在一个规则。“游戏假定一个共有的标准。如果在质证过程中，当事人都简单地习惯于自己的举证方法，那么很难看到这样的交流是可能的。毫无疑问，‘你正在使用一个双重标准’或‘你正在要求我使用一个与你不同的举证责任方法’，便是一个在推论游戏中的对推论虚无论的重要指责理由。”[383]“具体语境中的证明最终根本不是一个证明，因为只有当存在从一个语境到另一个语境的某种稳定性时，共有的语言游戏才能出现。”此外，“证明的语境数量是不受限制的，潜在地无限的；而人的能力是有限的……如果每个语境产生自己唯一的证明模式，这对人的掌握来说是不可能的……”[384]

并且，由于暗含对法律推论语境化（即不确定）的承认，新实用主义法律理论向批判法律理论一样，面临着被指责为法治虚无主义的批评。有不少学者以为，新实用主义实质上消解了法治的可能性。在这种理论中，人们根本不能期待“同样情况同样对待”，期待法律的确定性和可预测性。波斯纳的确认为，法治或法律制度本身可以是相当不确定的。因为，法律制度的正当性仅仅要求推论是部分地可接受

的，正确推论的最终标准不是逻辑上的精确，也不是超验的道德真理，而是法律思考者在具体语境中理想交流的共识。[385] 这意味着，新实用主义法律理论实质上部分赞同了批判法律理论的不确定说。

但是，应该认为，与批判法律理论彻底否定“法律的理性”不同，新实用主义法律理论并未放弃一种新的实践意义的理性。它实际上是一种有限度的或曰相对的怀疑论。下述具体问题的分析，可说明两者之间的某种区别。

批判学者图施奈特说：“现有三对数字，第一对 9、 11，第二对 11、 13，第三对数字为 25、 18。其中哪一对数字可以跟在连串数字 1、 3、 5、 7后面？很容易表明任何一个答案都是正确的。”[386] 在法律推论中，时常可以看到这种情况，所以不能说法律推论可以得到理性的确证，一切都是任意的选择。

新实用主义法律理论说，批判法律理论的前半部分是正确的，但后半部分是错误的。从法律原则或规则这些前提中，的确可以推论出许多不同的结论，但这不意味着可以任意推论。如果从一些不同的角度来看，有些结论根本不能容许。比如，再假设一些符号：第一组a、r，第二组0.13、0.0024，第三组Jackson、Ruth。这些符号是否可以跟在上面的连串数字 1、 3、 5、 7后面？显然不行。在前面情况中存在着“理性”，在后面情况中不存在。因此，不能认为可以任意推论、任意选择。

美国新实用主义法学论者库茨（Christopher L. Kutz）认为，批判法律理论存在一个错误的观念：一个推论的结果只有当其唯一地从法律前提推论出来才是合理正确的，“如果没有一个结论是正确的，或者许多结论都是正确的，那么就没有正确结论可言”。[387] 但在日常生活中，人们并不如此认为。道德冲突的经验便是例子。可以发现，对两个道德主体之间的争论以及一个人所碰到的道德两难境遇，虽然不能

用逻辑手段确定是非，然而人们时常仍会认为它们在道德上完全可以是正确的，或认为它们都是不对的。当人们这样认为时，是相信在道德上可以具有某种理性推论的结论。换言之，真正理性的伦理学拒绝批判理论的错误观念。实际上，批判法律理论忽略了推论的两种情况：（1）从一组法律前提推出多个结论的逻辑可能性，并不意味着这些结论没有获得法律前提的“理性”支持；（2）在法律前提和结论之间没有任何确证关系才表现了“理性”的不确定。在第二种情况中，人们可以认为，法律结论缺乏正当理性的基础，但在第一种情况中不能这样认为。[388]“法律制度允许从任何特定的权威前提里推论出多个结论。”[389]“理性的推论与法律中的多样和冲突并不是不相容的。”[390]“理性、推论和证明，与不确定性和不可决定性是相容的。事实上，我们对合理异议与合理多样的容纳意愿，正是我们在公共领域中投身理性位置的检验。”[391]当然，在多个合理理性的结论中，最终存在一个效果理性选择的问题。

由此可以看出，如果认为批判法律理论不仅否定了客观知识的理性，而且否定了价值实践中的理性，那么，新实用主义法律理论在否定前者的同时赞同了后者。因此，新实用主义实际上主张法治是建立在实践理性基础上的有限度的弹性法治。

当然，这种法治弹性再有限度，也毕竟像批判法律理论的法治理论和现实主义法学的法律实用主义主张一样，面临着人们正常理解的法律本身的正当性问题。[392]

141　需求语境中的法律知识·“邪恶要求”和“恶法”·法律简明适用过程

从阐释学的角度来看，新实用主义法律理论恢复了人的主体性，从而恢复了“读者”的法律决定论，并在需求语境论中强调了“读者”阅

读的语境化。这样，在“读者”认知中的法律知识，既不具有哈特那样理论所说的客观意义，也不具有德沃金理论设想的确证意义。它不是统一的，但同时不是任意零散的。尤为重要的是，这种知识融入了具体需求的愿望与要求，成为而且应该成为“具体理性”与“具体欲望”相互作用的结果。这一理论相信，法律本身便来自人们的需求，倘若过去曾经存在过“宏大理想”的需求或“统一愿望”的需求，那么，在当下的多元化的后现代社会中，理想与愿望便只能是具体语境化的，也因此，法律知识只能在需求语境中予以建构和发现。这种知识不仅是“片断的”“零碎的”，而且是在具体需求之中展示“片断”和“零碎”的。

但是，正如德沃金的理论面对某些邪恶“要求”和公认“恶法”不能作出有效说明一样，[393]新实用主义法律理论似乎面临同样的问题。如果某人对他人提出，“把钱交出来，否则杀掉你”，那么听者将如何用具体理性在其中理解“具体需求”？听者能否认为，这一“要求”经过具体理解可以看出“实用的工具性”？显然，听者不会对其作出这种理解的。就公认的“恶法”而言，情况同样如此。在这些“要求”和“恶法”面前，人们并不需要一种“实用需求”的理解。相反，人们需要另外一种批判或抵制的理解。这意味着，有时因法律理解而产生的“法律是什么”，不是也不可能是“具体需求”式的。

此外，在法律实践中，可以看到某些法律适用的过程并不存在而且也无须存在“交流”与“对话”，其中适用者是将法律的明确规则直接适用于具体的实际情况。即使这些适用者的法律理解不可避免地存在“语境化”，这种情况仍然是存在的。新实用主义的理论对此也是缺乏解释力的。

如果上述分析是正确的，那么，新实用主义法律知识论则是对某些法律现象的说明，因而也是另外一种姿态的选择。

四、小　结

从法律本体论来看，新实用主义法律理论认为，由于一方面人们的知识和需求存在着不同，另一方面在法律实践中又必须实现特定的“共识”，这样，人们只能而且应该通过交往对话来获得“法律是什么”的理解。而这一过程，使法律本身终究成为实践语境化的具体存在。

但是，法律实践中的不同“看法”的对话，有时是十分激烈的“理论争论”，是不同政治道德观念的对立，因此有时似乎不能达成共识。如此，如何获得“法律是什么”的理解？这本身是否意味着，法律有时本身便不是而且应该不是以这种方式产生的？

从法律价值论来看，新实用主义法律理论强调了实用效果的首要意义，而且强调了实用效果的语境特性。在此基础上，这种理论将有限度的弹性法治视为实际存在而且应该存在的政治设计，并以为，法律正当性本身并不拒绝法律结论的多样性。

然而，这样一种设想，并不因此而能回避批判法律理论和现实主义法律理论同样面临的人们正常理解的“法律正当性”问题。

从法律知识论来看，新实用主义法律理论强调了人们已有的知识与需求的语境性，因而强调了认知过程中形成的法律知识是需求语境化的。这种理论确信，在具体理性和具体需求的影响下，对法律知识的理解也是具体、片断的。具体性质的法律知识，始终是指向具体需求的。由此，一般性质的“法律是什么”便融进了具体性质的法律知识之中而无自身的结论。

在某些情况下，这种理论对某些法律理解不能作出有效的说明，对于公认的“恶法”尤其如此。

与现实主义法学相比，新实用主义法律理论同样推崇实用主义。但是，前者是一种基础中心论，强调了社会功利主义的基本意义。而后者则认为，实用需求是语境化的。

与德沃金的法律理论相比，新实用主义法律理论也主张了在实践过程中理解法律的意义。然而，前者认为法律性质在于解释确证之中，而后者认为法律性质在于对具体需求的理解之中。

在强调“语境”这一概念上，新实用主义法律理论与后现代法律理论是一致的。但是，由于承认具有自由意志的“主体”的存在，前者便将“语境”的意义从“本文”推演至“读者”的认知中，而后者则始终停留在“本文”的层面上。

结　语

决定一切的只是姿态。

——克塞诺芬尼

在当代社会，人们都认为法律是十分重要的。在几乎所有的基本行为领域中，法律与人们息息相关。“法律”一词，已深深嵌入日常生活的语汇中。当A与B签订买卖协议、C与D分家析产、E与F因财产继承产生纠纷或G因H的伤害而欲向权威机构告发时，“法律”一词，便不仅会出现在这些当事者的意识之中，而且会出现在其他旁观者的意识之中，如果这些“关系”被提交到裁断者那里，它还会出现在裁断者的意识之中。

当人们想到并使用这一词汇时，“法律”究竟意味着什么？

一

假设某人A因患有奇怪的疾病，最后成了植物人。其已没有能力思维，但心脏和肺仍具有正常的功能。其后代B提出了继承财产的要求，理由是A已经“去世”。以往的明确法律规则（如白纸黑字的制定法及法院判例）规定“被继承人死亡之时继承开始”，并未明确说明何种状态属于“死亡”。在该案中，怎样理解“法律是什么”？

A的律师可以认为，第一，在一般意义上说A死亡了，并非是没有道理的。人作为真正的人，便在于具有意识。A已停止了意识，“大脑已经死亡”，显然已失去人的存在的基本特征。但是不应忘记，A仍然可以呼吸，心脏仍然具有正常的功能。人们不能忽略其本身的利

益，这便如同不能忽略没有基本意识的胎儿和缺乏正常思维能力的精神障碍者的利益一样。因此，在法律上，不能认为A已死亡。第二，A虽目前无法控制自己的财产，但是，仍应将财产保留下来，因为，不能排除A的意识“起死回生”的可能性。一旦A因为医学的奇迹而恢复了意识，那么，其便需要继续自主地控制财产并依赖这笔财产继续生存。如果继承人已继承财产，这便使A无法在恢复意识之后重新行使财产权利。基于上述两点，A的律师可以认为，法律的规定是“‘真正’死亡，如停止呼吸，继承才开始”。

B的律师可以认为，第一，允许B继承遗产并不意味着不保障A的利益。当B继承遗产后，可以根据财产状况来为A提供最好的治疗条件。即便人们担心B不能做到这一点，人们仍然可以用要求B签署保证的方式使其保证A的利益。反之，不允许B继承，损害了B的应有利益，而且有可能无法使原财产发挥最好的效益，这样反而不能有利于A的疗养。第二，从现有的医疗技术来看，A的疾病是不可能治好的。这意味着，在相当大的程度上，A将一直保持现状直至停止呼吸。在法律上，之所以规定继承，原因之一便在于人死亡之后不能再有效支配自己的财产，而如果使财产控制处于“真空”状态，便是一种资源的浪费。A目前的这种状况，完全等于是使财产处于“真空”状态。以这两点为根据，B的律师可以认为，法律的真正目的在于使财产有效有益地转移承继，因此法律是“当已不可能具有意识时继承开始”。

能够想象，不仅双方律师可以继续提出进一步的法律意见，而且法官和其他旁观者也会提出自己的法律看法。

在此，首先可以发觉，因“社会角色”的不同，他们会不同地使用“法律”一词，使“法律”意味着不同的东西。作为当事者，B将为了自己的利益而充分寻找法律理由，他会认为，自己律师的意见最好表

达了“法律是什么”的观点。而对 A 的律师和 B 的律师而言，基于自身与当事者的特定关系，其职责要求他们站在当事者的立场上，为当事者利益提出最有说服力的法律见解，“法律”一词的用法与这种职责有着密切联系。在另一方面，法律的裁断者如法官，其与当事者及律师都没有特定的关系，其职责要求他应依据“法律”判决案件。他可能不同意任何一方律师的法律见解，也可能赞同一方的见解，但即使是赞同了一方，他也不是基于律师的职责作出这种赞同的，他会以社会权威机构的“身份”来使用“法律”一词。在一旁观察的旁观者，也会具有自己的观点或意见。然而，他毕竟是旁观者，与当事者、律师和法官都是不同的。他可能基于对社会关注的热情、喜好或某种其他原因发表意见，提出在该案中“法律是什么”。“法律”一词的用法，在其手中与当事者、律师和法官一定存在着某些区别。当然，有时观察者可能因为自己遇到了与 B 同样的情况，想知道“法律”在此究竟会是什么，故在一旁发表自己的法律意见。但是，此时，他的角色已发生了变化。与其说他是观察者，不如说他已是 B 那样的当事者。其使用“法律”一词自然类似于 B 。

在引言中，我们说过，当认为具体法律是什么的时候，人们都会自然而然地假定一个一般性质的法律概念。否则，便不能说明，为何人们是有针对性地在某些地方查找法律，而不是在另一些地方查找。因此，在上述案件中，当事者 B 、律师、法官和旁观者提出就继承问题而言具体法律是什么时，他们意识中都会暗含一个“在社会上法律大体是什么”的一般观念。如果这种观察是正确的，那么，这意味着他们不仅在具体意义上不同地使用“法律”这个词，在该案中发表具体不同的法律意见，而且在一般意义上也在不同地使用这个词，并在表达一般性质的法律观念。就此而论，“社会角色”的不同，不仅可以使人们具有不同的“具体法律是什么”的意见，而且可以使人们具有不同的“一般法律是什么”的观念。

二

在这些不同的“角色”中，有人潜在的观念是：“法律”一词是指社会最高权威如主权者的特定要求，它是一种“命令”。这种命令以制裁为后盾，并见之于白纸黑字的规定。法律具有独特的品质，以外在的强制力使自己区别于内心的道德约束。其最为重要的特征在于以强制力为依据的“义务性”。法律，具有明确性、可预见性和普遍性。这是我们在第一章分析过的分析法学的基本观念。在这样一种观念影响下，人们便会认为，在上述案件中具体法律内容应以立法机关或法院判例的白纸黑字为准。在白纸黑字中，就A的病状而言，法律没有作出明确规定。因此，要么法官应该保持沉默，等待立法者作出明确规定后再来定夺，要么法官只有运用自由裁量权，根据其他的准则要求来断案。

有人潜在的观念是：“法律”就是法官那样的法律适用者所说所做的。因为，不论其他社会权威机构作出怎样的规定，最终的解释权力还是在法律适用者手中。而且，法律适用者的判决也具有最终性。对具体的当事者来说，最为直接有效力的不是一般规则，而是法院的具体判决。法律的确不同于道德，但这不意味着法律具有确定性。在法律适用者的具体判决中，法律只能具体而又不确定。在第二章分析过的现实主义法律理论，便是这样一种观念。根据这一观念，人们会认为，在B主张继承财产的案件中，只能预测法院将会怎样作出判决，一般的白纸黑字的规定仅仅是一种“参考材料”，不论人们如何争论，B是否具有继承权利最终取决于法院的判决，在这一判决中才能知道法律是什么。

有人潜在的观念也许是：“法律”是指一般官员统一行为模式中的两类规则的相互结合。在这种统一行为模式中，可以发现实践中的一定规律性，并从中看出官员如何一致地表现出“社会权威机构颁布的规

定即为法律”这样一类的规则内容。这类规则内容，等于官员统一承认某类规范（如义务规范）为法律。这是在第三章谈到过的哈特法律理论的观念。基于这种观念，人们会认为，上述案件B的继承问题取决于官员的统一实践。如果在这种统一实践中，可以发现官员实际上认为“白纸黑字的规则是法律”，那么，可以认为B的继承问题在法律上是不清楚的（因为白纸黑字规则未说明像A这类状况是否属于“死亡”）；如果可以发现官员实际上认为，除白纸黑字规则外其他专家的意见也可作为“死亡”定义的依据，那么，可以认为有关继承问题应以专家对“死亡”的意见说明为根据。

有人潜在的观念也许是：“法律”存在于作为实践参与者的人们的解释之中。这种解释是一种政治道德上的确证，是从现存的明确法律制度中抽象出的一般的法律原则，用自我建立的一般法律理论来证明这种法律原则是其中的一部分，证明现存的明确法律制度是正当的，从而再以法律原则为依据反向推出具体的法律结论。这种“法律”，不仅包含了具体规则、一般的法律原则，而且包含了一般的法律理论和政治道德姿态。这是在第四章分析过的德沃金的法律理论。根据这种观念，人们会认为，B的继承主张取决于在现存的法律制度中一般法律原则的内涵。如果从一般原则中不能推出B具有这种权利，则B在法律上便没有理由要求继承。反之，则B的理由在法律上是可以成立的。

有人潜在的观念可能是：“法律”一词的真正意义是“利益的对抗”。无论法律的明确规定本身是否清楚，其都会存在自身的内在矛盾。而且，作为法律的适用者，法官最终在决定法律是什么的时候只能选择一个利益压抑另一个利益。这一观念是在第五章讨论过的批判法律理论的观念。以这种观念来理解B的继承要求，人们会认为，无论是判决B有权继承还是判决其无权继承，其法律结论都将是一个利益的压迫。法律中是没有“客观中立”这样一个概念的。

有人潜在的思想是：“法律”是一个“地方性”的、“区域性”的概念。在不同地方，法律理解中的“法律知识”将是不同的。其中不存在人们主观上认为如何的问题。人们头脑中的意识观念，都是由语境化的社会文化历史构成的。因此，人们主观中的“法律”最终是一个语境化的社会文化历史构成，并不存在一个统一一致的法律。这是在第六章讨论过的后现代法律理论的思想。根据这种思想，人们会认为，不论人们怎样争论主张 B 的继承权利，有关这一问题的法律只能是 B 所处的“地方”或“区域”的社会文化历史的特定显现。

有人潜在的思想也许是：“法律”是一个“具体需求”的概念。在形成“法律是什么”的观念时，不仅人们头脑中的社会文化历史性的知识是语境化的，而且，人们的需求也是语境化的。人们总是在“具体理解”和“具体需求”之中来建构具体的法律结论。由于存在着“不同理解”和“不同需求”，人们自然需要交流对话，在交流对话中运用实践理性便会得到一个相对客观的法律结论。这是在第七章讨论过的新实用主义法律理论的思想。根据这种思想来看 B 的继承案件，人们会认为，只有在“具体需求”的相互对话中，才会得到一个有益的法律结论。B 有具体的需求，A 也有具体的需求，他们之间的需求也许是不同的、对立的，也许经过分析发现是互补的。只有在实践理性的基础上交流对话，人们才能知道哪一需求是当下最为迫切的。

……

当然，一方面，这些一般性质的法律观念可能并不清晰地存在于当事者 B 、律师、法官或旁观者的意识之中；另一方面，这些案件的关注者可能还有其他的本书间接讨论的一般法律观念。然而，无论怎样，不同的“社会角色”总会在想到和使用“法律”一词时，不仅具有具体的不同法律意见，而且具有不同的一般法律观念。

三

有人可能认为，尽管“社会角色”的不同会导致人们使用“法律”一词的不同，但是，可以约定俗成地达成一个使用该词的“语言规则契约”。比如，可以约定，以词典的字词解释说明为使用该词的标准，或者，以一般人们最为通常的该词用法为标准。这样，便可避免人们不同地使用“法律”一词，避免人们具有不同的具体性质的法律意见和一般性质的法律观念。

但是，这种设想存在着两个问题。第一，词典中的字词解释说明，本身便是一种一般性质的观念。在法律语境中，词典中的“法律定义”也许就是上面分析过的其中一种一般性质的法律观念。这种观念作为一种字词解说，是词典编纂者的一种“意见”，其权威性本身便依赖特定时间特定地点的知识状态。而且，翻阅不同的词典，完全可能发现不同的定义解释。此时，应以何种解释作为正确的解释？第二，在某些情况下，人们知道某一字词的通常用法，但是仍然会坚持自己的另外的字词解释，因为他们认为，通常用法本身便“压抑”了一种具有同样“资格”的用法，而且，后一种用法在实践中可能要比通常用法更有价值。在法律语境中，这种情形有时尤为明显。在本书第 058、 064 小节讨论过的有关“救护车”和“消防车”在紧急情况下是否属于应被禁止进入公园的车辆（已有规则规定“禁止任何车辆进入公园内”）的问题，便是一例。在这一例子中，有人便会坚持认为，在紧急情况下这两种车辆不属于规定中的“车辆”，因为，让这些车辆进入公园救人救火，显然优于字词通常用法的观点，即它们属于车辆因而属于禁止之列。

因此，试图用语词的统一用法来解决问题是不能成功的，而且，其本身也不能阻止“社会角色”的不同而产生的语词使用中责任要求的不同。

在这种情况下，思考不同“社会角色”使用“法律”一词的背后的“知识状态”，显然有其必要性。任何字词的使用，都会涉及其他一些字词的经验性质的感性使用。这是说，当在一个语境中使用一个语词时，人们都会对与之有关的其他某些语词保留着感性认知。比如，在前述B主张可以继承A遗产的案件中，A的律师认为：法律的实际意思是“当‘真正’死亡，如停止呼吸，继承才开始”。在这句话中，A的律师可能对“真正”“停止呼吸”或“继承”等语词仅仅具有感性的认知。他可能并未仔细思考过这些语词的意义，只是凭经验来使用它们。当然，这名律师可以为了使观念精确，对这些语词本身的意义进行深入的理解。但是，在理解的过程中，必然又要经验感性地使用其他新出现的语词。比如理解“继承”一词，便需要经验感性地使用新出现的“获得”“财产转移”等语词。经验感性地使用某些字词本身便表明：任何字词的使用，都是在一定的感性认知语词的语境中展开的，希望从精确定义过的字词出发使用字词，本身便是一种“奢望的”要求。

而如果认为观念是由语言构成的，是由语词的意义来传递的，那么，任何观念本身的思考便依赖其他一些观念的经验感性的“使用”，因为，其他一些观念是由经验感性的语词使用构成的。分析法学以为，法律是主权者的命令，其以制裁作为后盾。虽然分析法学对“主权者”“命令”“制裁”作出了界定，但是，用以界定的一些语词及观念总是被经验感性地使用的。比如“主权者”的界定，依赖“习惯服从”的语词及观念的感性使用；“命令”的界定，依赖“意愿要求”的语词及观念的感性使用；“制裁”的界定，依赖“痛苦的恶果”的语词及观念的感性使用。[394]而“制裁作后盾”的观念，本身也是依赖“所有法律都是义务强制性的规定”“所有法律权利义务问题都可归结为刑事制裁”这些观念的经验感性使用（参见第一章的开头部分）。现实主义法学以为，法律是官员的具体判决。它相信，官员对白纸黑字规则的解释是任意的，官员的裁判具有最终性，对一般人最直接的法律影响只能是具体判决，所以，法律只能是官员的具体判决。[395]而这一观念本身便依赖

了“存在疑难案件”“解释总是复杂的”等观念的经验感性使用。[396] 而且，颇为重要的是，现实主义法学这一观念本身依赖了“官员”一词的经验感性使用。哈特的新分析法学、德沃金的法律理论、批判法学、后现代法律理论和新实用主义法律理论，都存在同样的问题。

某些观念的经验感性的使用，意味着在一定意义上以此为基础的观念是在特定的经验感性观念的语境中建立的。不论如何努力作出定义界说，观念的思考只能在某些未经定义界说的观念中展开。而不同的理论观念，经过分析可以发现，总是以不同的经验感性观念的“使用”为前提的。在上面分析法学和现实主义法学的观念说明中，便可以看到两种理论是如何以不同的经验感性观念为前提的。在哈特的新分析法学中，哈特依赖了“某些人对一般性要求具有积极的反省态度”“法律不同于强暴者要求”等经验感性的观念。[397] 在德沃金的法律理论中，德沃金依赖了“人们总会具有不同的意见”“法官总会对法律作出正当性的证明”等经验感性的观念。[398] 而新实用主义法律理论依赖了“人们总会关注具体需求”的经验感性观念。[399] 后三者依赖的经验感性观念显然不同于前两者。而这本身又说明了，为什么一种理论的思考，总会遭遇其他理论依赖的经验感性观念的诘难。哈特的理论用“积极反省态度”说明义务的由来，而用此批判分析法学如何不能说明“某些自愿义务”的由来。德沃金用“不同意见”说明法律的解释性质，并用此批判哈特的承认规则理论的失败，[400] 而哈特又用“存在恶法”的感性经验观念批判德沃金的“法律确证理论”，[401] 从而说明自己理论的正确。另一方面，在法律语境中，经验感性观念的“使用”本身与理论的价值期待与选择有着密切联系。经验感性的观念是繁多的，而且人们之间存在着交往与对话，这样，其便会使理论在建构时可以依赖各种的选择。为何在知道许多经验感性的观念时，人们仍会“使用”其中一些而“摈弃”另一些？原因或许有时便在于价值期待是不同的。当对法律抱有一种正面心态时，也许便会使用“法律原则的不同本身是竞争性质的”的感性观念，反之，则可能会使用“法律原则的不同

本身是矛盾性质的”的感性观念。[402] 而当热衷于法律的明确性的价值时，便可能使用“简易案件是主要的”的感性观念，当热衷于法律的隐含性价值时，则会使用“疑难案件是主要的”的感性观念。[403] 如果认为法律确定性、统一性是重要的，便会使用“人们具有内在观点”“语言具有意思的确定中心”这些感性观念，[404] 如果认为法律实用灵活性是重要的，或者法律多元化是重要的，被边缘化的利益也有自己的权利，便可能使用“人们理解总是多样化的”“语言本身并无意思确定中心”等感性观念。[405]

进一步观察可以看出，在经验感性观念基础上的推论说明，因其基础本身时常具有价值期待的选择，故在方向上时常也存在价值的展望。于是，在使用“法律”一词时，不同的社会角色在最终意义上便会时常以价值姿态来表明“法律是什么”，不仅在具体意义的“使用”上是如此，而且在一般意义上的“使用”也是如此。

四

法理学探讨的核心问题是法律的性质。在引言中我们说过，这一核心问题有时依赖许多周边问题的理解，如法律的作用、法律的效力、法律的目的、法律的推理、法治、道德认识、哲学思考、政治道德姿态……我们还说过，这些周边问题的认识对核心问题有着重要的参照意义，有时甚至决定了核心问题解决的方向。其实，其中某些周边问题有时便是前面所说经验感性的观念。这样，当“法律”一词出现在人们的语汇或意识之中，尤其当人们对其作出解释说明时，这便意味着许多经验感性的观念潜藏于人们的观念里，并且意味着许多价值姿态已在左右人们的“法律”言说。

因此，在回答“法律是什么”这一问题时，似乎应该首先回答：我们的姿态是什么?

参引文献

外文

Altman, Andrew, 1990, CriticalLegalStudies: aliberal critique, Princeton: Princeton University Press.

Austin, John, 1885, Lectureson Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law. 5th edition, revised and edited by Robert Campbell, London: John Murray.

Austin, John, 1995, The Province of Jurisprudence Determined, edited by Wilfrid E. Rumble, New York: Cambridge University Press.

Balkin, Jack, 1987,"Deconstructive Practice and LegalTheory" , 96Yale Law Review.

Balkin, Jack, 1987,"Taking Ideology Seriously: Ronald Dworkin and the CLS Critique", 55University of Missouri-Kansas City Law Review.

Balkin, Jack, 1991,"Ideo logy as Constraint", 43 Stanford Law Review.

Benditt, Theodore, 1978, Lawas Ruleand Principle, California: Stanford University Press.

Bentham, Jeremy, 1948, An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, New York: Hafner Publishing Corporation.

Bentham, Jeremy, 1970, Of Laws in General, edited by H.L.A. Hart, London: The Athlone Press University of London.

Bingham, Joseph, 1912,"What is Law", 11Michigan Law Review.

Blackstone, Sir William, 1825, Commentaries on the Laws of England. 16th edition, London.

Blomley, Nicholas, 1994, Law, Space, and theGeographies ofPower, New York: The Guilford Press.

Cicero, Marcus Tullius, 1928, De Re Publica, translated by C.W. Keyes, edited by Loeb Classical Library.

Cotterrell, Roger, 1995,Law's Community, Oxford: Clarendon Press.

Dalton, Clare, 1985,"An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine", 94Yale Law Journal.

Davies, Margaret, 1994, AskingTheLawQuestion, Sydney: The Law Book Company Limited.

Derrida, Jacques, 1974, Of Grammatology, Baltimore: Johns Hopkins University Press.

Dewey, John, 1929, Experince and Nature. 2nd edition, New York: Dover.

Douzinas, Costas, Warrington, Ronnie and McVeigh, Shaun, 1991, Postmodern Jurisprudence: TheLawofTextin the Texts ofLaw, New York: Routledge.

Dworkin, Ronald, 1972,"Social Rules and Legal Theory", 81 Yale Law Review.

Dworkin, Ronald, 1978,Taking Rights Seriously, London: Duckworth.

Dworkin, Ronald, 1985, A Matter of Principle, Cambridge: Harvard University Press.

Dworkin, Ronald, 1986, Law's Empire, Cambridge: Harvard University Press.

Dworkin, Ronald, 1987,"Legal Theory and the Problem of Sense", in Issues in Contemporary Legal Philosophy: the influence of H.L.A.Hart, edited by Ruth Gavison, Oxford: Clarendon Press.

Dworkin, Ronald, 1991,"Pragmatism, Right Answers, and True Banality", in Pragmatism in Law and Society, edited by Michael Brint and William Weaver, Boulder: Westview Press, Incorporated.

Finnis, John, 1987,"The Critical Legal Studies Movement", in Oxford Essays in Jurisprudence, Third Series, edited by John Eekelaar and John Bell, New York: Oxford University Press.

Fish, Stanly, 1989,"Doing What Comes Naturally: Change, Rhetoric, and The Practice of Theory", in Literary and Legal Studies, Durham: Duke University Press.

Fiss, Owen, 1982,"Objectivity and Interpretation", 34 Stanford Law Review.

Foucault, Michel, 1975, Dicipline and Punish: The Birth of the Prison, New York: Patheon.

Foucaul t , Michel , 1977," Ni e t zsc he , Ge ne a l o g y , Hi st o ry ", i n Language, Counter-memory, Practice, edited by D. F. Bouchard, Ithaca, New York: Cornell University Press.

Foucault , Michel , 1978, The History of Sexuality Vol.1: An Introduction, translated by Robert Hurley, New York: Random House.

Foucault, Michel, 1980, Power/Knowledge: Selected Interviews and Other Writings, edited by Colin Gordon, Brighton: Harvester Press.

Frank, Jerome, 1949, Courton Trial, Princeton: Princeton University Press.

Frank, Jerome, 1963, Law and Modern Mind, Garden City: Doubleday & Corporation.

Fuller, Lon L., 1958,"Positivism and Fidelity to Law-A Reply to Professor Hart", 71Harvard Law Review.

Fuller, Lon L., 1960, Lon L. Fuller Papers, Fuller toF. Olafson,Harvard Law School Library.

Fuller, Lon L., 1966,The Law in Quest of Itself, Boston: Beacon Press.

Fuller, Lon L., 1968,Anatomy of the Law, New York: Praeger.

Fuller, Lon L., 1969, The Morality of Law, New Haven: Yale University Press.

Gibbs, J. P., 1968,"Definitions of Law and Empirical Questions", Law and Society(1968).

Golding, Martin, 1975, Philosophy of Law, New Jersey: Prentice-Hall, Incorporated.

Goodrich, Peter, 1986, ReadingTheLaw: A CriticalIntroduction to Legal Method and Techniques, London: Basil Blackwell.

Gray, John C., 1921, The Nature and Sources of the Law, New York: The Macmillan Company.

Greenawaly, Kent, 1992, Law and Objectivity, New York: Oxford University Press.

Grey, Tomas C., 1990,"Hear the other side: Wallace Steven and Pragmatist Legal Theory", 63Southern California Law Review.

Grey, Tomas C., 1991,"What Good Is Legal Pragmatism", in Pragmatismin Law and Society, edited by Michael Brint and William Weaver, Boulder: Westview Press,Incorporated.

Guest, Stephen, 1996,"Two Strands in Hart's Theory of Law: A Comment on the Postscript to Hart's The Concept of Law", in Postivism Today, Brookfield, Vt.: Dartmouth.

Hart, H.L.A., 1958,"Positivism and the Separation of Law andMorals", 71Harvard Law Review.

Hart, H.L.A., 1961,The Concept of Law, Oxford: Clarendon Press.

Hart, H.L.A., 1983, Essayson the Jurisprudence and Philosophy, Oxford: Clarendon Press.

Hart, H.L.A., 1987,"Comment", in Issuesin Contemporary Legal Philosophy: the influence of H.L.A. Hart, edited by Ruth Gavison, Oxford: Clarendon Press.

Hart, H.L.A., 1994, The Concept of Law, 2nd edition, Oxford: Clarendon Press.

Hasnas, John, 1995,"The Myth of The Rule of Law", 199 Wisconsin Law Review.

Herzog, Don, 1987,"As Many as Six Impossible Things before Breakfast", 75California Law Review.

Hirst, Paul, 1979, On Law and Ideology, Atlantic Highlands, N.J.:Humanities Press Incorporated.

Holmes, Oliver Wendell, 1897,"The Path of Law", 10 Harvard Law Review.

Holmes, Oliver Wendell, 1963, The Common Law, edited by Mark

Howe, Boston: Little, Brown and Corporation.

Hunt, Alan, 1987,Critical Legal Studies, New York: B. Blackwell.

Hunt, Alan, 1992,"Law's Empire or Legal Imperialism?", in Reading Dworkin Critically, edited by Alan Hunt, Oxford: Berg Publishing, Incorporated.

Hunt, Alan, 1993, Explorations in Law and Society, New York: Routledge.

Hutchinson, Allan. and Monahan, Patrick, 1984,"Law, Politics and Critical Legal Scholars: The unfolding drama of American legal thought", 36Stanford Law Review.

Hutchinson, Allan, 1985,"Of Kings and Dirty Rascals: The Struggle for Democracy",Queens Law Journal(1985).

James, William, 1963,"Pragmatism", in Pragmatism and Other Essays 96.

James, William, 1975, Pragmatism, edited by Fredson Bowers, Cambridge: Harvard University Press.

Kairys, David, 1982,"Introduction", in Politics ofLaw, edited by David Kairys, New York: Pantheon Books.

Kelman, Mark, 1987, A Guide to Critical Legal Studies, Cambridge: Harvard University Press.

Kennedy, Duncan, 1976,"Form and Substance in Private Law Adjudication", 89Harvard Law Review.

Kennedy, Duncan, 1982,"Legal Education as Training fot Hierarchy", in Politics of Law, edited by David Kairys, New York: Pantheon Books.

Knapp, Steven, 1991," Practice, Purpose, and Interpretive Controversy", in Pragmatism in Law and Society, edited by Michael Brint and William Weaver, Boulder: Westview Press, Incorporated.

Kutz, Christopher, 1994,"Just Disagreement: Indetermincy and Rationality in the Rule of Law", 103Yale Law Review.

Lacan, Jacques, 1977,Ecrits: A Selection, London: Tavisrock.

Llewellyn, Karl, 1930,"A Realistic Jurisprudence", 30 Columbia Law Review.

Llewellyn, Karl, 1931,"Some Realism About Realism", 44 Harvard Law Review.

Llewellyn, Karl, 1934,"The Constituton as an Institution", 34 Columbia Law Review.

Llewellyn, Karl, 1981, The Bramble Bush, New York: Oceana Publication.

Lloyd, Dennis, 1981, TheIdea of Law, New York: Viking Penguin Incorporated.

Luban, David, 1994, Legal Modernism, Ann Arbor: The University of Michigan.

Lyons, David, 1984, Ethics and The Rule of Law, New York: Cambridg University Press.

Lyotard, Jean-Franqois, 1984, PostmodernCondition:AReportofOn Knowledge, Minneapolis: University of Minnesota Press.

MacCormick, Neil, 1978, LegalReasoningandLegalTheory, Oxford: Oxford University Press.

MacCormick, Neil, 1981, H.L.A.Hart, California: Stanford University Press.

MacCormick, Neil and Weinberger, Ota, 1986,AnInstitutionalTheory ofLaw:Newapproachestolegalpositivisim, Boston: D. Reidel Publishing Corporation.

MacCormick, Neil, 1993,"Reconstruction after Deconstruction: Closing in on Critique", in ClosureorCritique:NewDirectionsinLegal Theory, edited by Alan Norrie, Edingburgh: Edinburgh University Press.

Maine, Henry, 1987, LecturesontheEarlyHistoryofInstitutions, New York: Henry Holt and Company.

Markby, William, 1873,ElementsofLaw,ConsideredwithReferenceto Principles of General Jurisprudence, Oxford: Clarendon Press.

Minow, Martha, and Spelman, Elizabeth V., 1991,"In Context", in PragmatisminLawandSociety, edited by Michael Brint and William Weaver, Boulder: Westview Press, Incorporated.

Peirce, Charles, 1934,"What Pragmatism is", in ColectedPapersof CharlesScandersPeirce, edited by Charles Hartshorne and Paul Weiss, Cambridge: Harvard University Press.

Peller, Gray, 1985,"Metaphysics of American Law", 73 California Law Review.

Posner, Richard A., 1988,"The Jurisprudence of Skepticism", 86 Michigan Law Review.

Posner, Richard A., 1990, The Problems of Jurisprudence, Cambridge: Harvard University Press.

Posner, Richard A., 1991,"What Has Pragmatism to Offer Law", in Pragmatism in Law and Soeciety, edited by Michael Brint and William Weaver, Boulder: Westview Press,Incorporated.

Pound, Rosco, 1923,"The Theory of Judicial Decision", 36 Harvard Law Review.

Pound, Rosco, 1936,"How Far Are We Attaining a New Measure of Values in Twenty-Century Juristic Thought", 42 West Virginia Law Review.

Raz, Joseph, 1972,"Legal Principle and Limits of Law", 81 Yale Law Journal.

Raz, Joseph, 1979,The Authority of Law, Oxford: Clarendon Press.

Santos, Boaventura de, 1987,"Law: A Map of Misreading", 14 Journal of Law and Society.

Sartorius, Rolf, 1971,"Social Policy and Judicial Legislation", 8 American Philosophy Quarterly.

Schanck, Peter, 1992,"Understanding Postmodern Thought and its Implications for Statutory Lnterpretation", 65 Southern Califonia Law Review.

Schlag, Pierre, 1991,"The Problem of the Subject", 69 Texas Law Review.

Singer, Joseph, 1984,"The Player and the Cards: Nihilism and Legal Theory", 94Yale Law Journal.

Singer, Joseph, 1988, Real Conflicts, Boston: School of Law, Boston University.

Smith, Adam, 1970, Wealth ofNations: Books I-III, Harmondsworth: Penguin.

Soper, Philip, 1977,"Legal Theory and the Obligation of a Judge: Hart/Dworkin Dispute", 75Michigan Law Review.

Taylor, Richard, 1968,"Law and Morality", 43 New York University Law Review.

Therborn, Goran, 1980, The Ideology of Power and The Power of Ideology, London: New Left Books.

Tushnet, Mark, 1983,"Following The Rule Laid Down: A Critique of Interpretativism and Neutral Principles", 96Harvard Law Review.

Tushnet, Mark, 1988, Red, White and Blue: A Critical Analysisof Constitutional Law, Cambridge: Harvard University Press.

Unger, Roberto, 1975,Knowledge and Politics, New York: Free Press.

Unger, Roberto, 1983,"The Critical Legal Studies Movement", 96 Harvard Law Review.

Wells, Catharine, 1991,"Situated Decision-making", in Pragmatism in Law and Society, edited by Michael Brint and William Weaver, Boulder: Westview Press,Incorporated.

West, Cornel, 1991,"The Limits of Neopragmatism", in Pragmatism in Law and Society, edited by Michael Brint and William Weaver, Boulder: Westview Press, Incorporated.

Winch, Peter, 1958, The Idea of a Social Science and Its Relation to Philosophy, London: Routledge & Kegan Paul.

中文

亚里士多德：《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆 1983年版。

阿奎那：《阿奎那政治论文选》，马清槐译，商务印书馆1982年版。

理查德·罗蒂：《后哲学文化》，黄勇译，上海人民出版社 1992年版。

柏拉图：《克里同》，严群译，商务印书馆 1983年版。

汉斯·凯尔森：《法律与国家的一般理论》，沈宗灵译，中国政法大学出版社 1996年版。

初版后记

本书算是完成了。将一本不到30万字的著述的副题叫作“20世纪英美法理学批判阅读”可能有点井蛙观天、以偏概全。其实，20世纪英美法理学的文献可谓浩如烟海，对其逐一审视分析肯定不是一本甚至多本著述所能完成的。但是，笔者相信，任何一本关于20世纪英美法理学的著作恐怕只能如此作罢。这是因为，一方面，我们总会认为20世纪英美法理学的某些观念是较为重要的；另一方面，我们总是在当下语境或特定知识状态下进入思考的，并由此选定哪些理论观念是较为重要的。

批判阅读，无疑是在审视分析时融入批判阅读者自身的理念，并从一个侧面阐发批判阅读者本身的思想诉求。这样，在本书中，笔者自然会留下诸多自己的观念想法。这些观念想法或可商榷，或可批驳，也许它们本身还是肤浅幼稚的。这有赖于方家指点、纠正。

对于本书，另有一个小问题需要说明。本书没有按国内常规那样将所述法学家的生平及作品作一介绍。笔者认为，在许多有关的书籍中，这些内容随手可见而且叙述得完整精确，无须笔者浪费笔墨。

最后，感谢日本笹川和平基金会和中山大学法律学系为笔者赴美学习研究提供资助和机会，正是在美学习研究期间，笔者借助大量有益资料得以完成本书。此外，感谢美国俄亥俄州立大学法学院和该院Daniel C. K. Chow教授为笔者写作本书提供了直接具体的帮助。在美友人杨抗美、陈枫、陈如菊也为本书的写作提供了有益的帮助，杨苗燕女士曾参与了本书的文字校对和修改工作，在此一并致谢。

当然，最应感谢的是所有笔者参阅过的文献的作者。如果本书尚有可取之处以示学术意义，这首先应归功于他（她）们思想的博大精深。正是他（她）们精湛的论说，启迪激发了笔者的思想和勇气。

作　者

1997年春于美国芝加哥

[1] N.Y. 506, 22 N.E. 188 (1889).

[2] Simmonds v. London Joint Bank,(1892) A.C. 201.

[3] 143 U.S. 457 (1892).

[4] Jeremy Bentham, Of Laws in General. ed. H.L.A. Hart, London: The Athlone Press University of London.1970, p. 1.

[5] Bentham, Of Laws in General, p. 14.

[6] John Austin, The Province of Jurisprudence Determined. ed. Wilfrid E. Rumble, New York: Combridge University Press, 1995, p. 18.

[7] Austin, The Province of Jurisprudence Determined, p. 29.

[8] Austin, The Province of Jurisprudence Determined, p. 21.

[9] A ust in, The Province of Jurisprudence Determined , p . 30.

[10] A ust in, The Province of Jurisprudence Determined , p . 24.

[11] A ust in, The Province of Jurisprudence Determined , p . 24.

[12] A ust in, The Province of Jurisprudence Determined , p . 25.

[13] Be nt ham, Of Laws in General , p . 58.

[14] Be nt ham, Of Laws in General , p . 54.

[15] Bentham, Of Laws in General, pp. 21, 22.

[16] Neil MacCormick and Ota Weinberger, An Institutional Theory of Law: New approaches to legal positivism, Boston: D. Reidel Publishing Corporation, 1986, p. 156.

[17] Bentham,Of Laws in General, p. 18; Austin, The Province of Jurisprudence Determined, p. 166.

[18] Henry Maine, Lectures on the Early History of Institutions. New York: Henry Holt and Company, 1987, pp. 375-386.

[19] 为坚持自己的法律概念，分析法学本身认为即使国际法都不能称为实在法律，它也是一种实在道德。

[20] 详见A ust in, The Province of Jurisprudence Determined , VI。

[21] H.L.A.Hart, The Concept of Law, Oxford: Clarendon Press, 1961, p. 77.

[22] 他曾用这个概念来说明英国法中的判例制度是如何被主权者许可的。

[23] 详见Austin, The Province of Jurisprudence Determined, VI。

[24] Hart, The Concept of Law, pp. 50-64.

[25] Theodore Benditt, Law as Rule and Principle, California: Stanford University Press, 1978, p. 66.

[26] J. P. Gibbs,"De.nitions of Law and Empirical Questions", Law and Society (1968), p. 440.

[27] Hart, The Concept of Law, p. 77.

[28] Hart, The Concept of Law, p. 27.

[29] John Austin, Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law, 5th ed., rev. and ed. Robert Campbell, London: John Murray, 1885, pp. 12, 401.一个几乎同时代的法学学者也类似地提到这点， 见William Markby, Elements of Law: Considered with Reference to Principles of General Jurisprudence, Oxford: Clarendon Press, 1873, p. 50。

[30] Bentham,Of Laws in General, p. 58; Austin, The Province of Jurisprudence Determined,p. 34.

[31] Hart, The Concept of Law, pp. 35-37.

[32] Hart, The Concept of Law, p. 80.

[33] Be ndit t , Law as Rule and Principle , p . 64.

[34] Martin Golding, Philosophy of Law, New Jersey: Prentice-Hall, Inc., 1975, pp. 26-27.

[35] David Lyons, Ethics and The Rule of Law, New York: Cambridge University Press, 1984, p. 42.

[36] Hart, The Concept of Law, pp. 21-23.

[37] Jeremy Bentham, An Introduction to thePrinciplesofMoralsandLegislation, New York:Hafner Publishing Co., 1948, p. 293.

[38] Austin, The Province of Jurisprudence Determined, p. 184.

[39] Marcus Tullius Cicero, DeRePublica, trans. C.W. Keyes, ed. Loeb Classical Library, 1928, Bk. I. xvi, pp. 43-44.

[40] 阿奎那：《阿奎那政治论文选》，马清槐译，商务印书馆1982年版，第105、116、148、152页。

[41] Sir William Blackstone, Commentaries on the Laws of England, 16th ed., London, I,1825, p. 41.

[42] 亚里士多德：《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆1983年版，第199页。

[43] A ust in, Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law , p . 1072. 2 A ust in, Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law , p . 1073. 3 A ust in, The Province of Jurisprudence Determined , p . 112.

[44] Dennis Lloyd, The Idea of Law, New York: Viking Penguin Inc., 1981, p. 105.

[45] A ust in, The Province of Jurisprudence Determined , p . 163.

[46] M cLoughlin v . O'Brian (1983) 1 A.C . 410.

[47] Marshall v . Lionel Enterprises Inc .(1972) O .R. 177.

[48] Chadwick v . British Transport (1967) 1 W .L.R. 912.

[49] McLoughlin v. O'Brian (1983) 1 A.C. 410.

[50] 43 S.E. 732 (Ga. 1903).

[51] 131 N.E. 887-890 (N.Y. 1921).

[52] J ohn Gra y , The Nature and Sources of the Law , New Y ork: T he M ac millan Co ., 1921, p . 7.

[53] Gra y , The Nature and Sources of the Law , p . 172.

[54] Gra y , The Nature and Sources of the Law , p . 172.

[55] Gra y , The Nature and Sources of the Law , p . 84.

[56] Gra y , The Nature and Sources of the Law , p . 84.

[57] Gra y , The Nature and Sources of the Law , p . 124.

[58] 其实格雷本身就承认法律规则是不可发现的。参见Gra y , The Nature and Sources of the Law , p . 79。

[59] 参见前第018小节。

[60] Oliver Wendell Holmes,"The Path of Law", Harvard Law Review, 10 (1897), p. 461.

[61] Oliver Wendell Holmes, The Common Law, ed. Mark Howe, Boston: Little, Brown and Co., 1963, p. 1.

[62] Holmes,"The Path of Law", p. 458.

[63] Holmes,"The Path of Law", p. 461.

[64] Holmes,"The Path of Law", p. 458.

[65] erome Frank, Law and Modern Mind, Garden City: Doubleday & Co., 1963, ch. 16.J

[66] Karl Llewellyn,"The Constitution as an Institution", Columbia Law Review, 34 (1934), p. 7.

[67] Frank, Law and Modern Mind, p. 127.

[68] Frank, Law and Modern Mind, pp. 50-51.

[69] Richard Taylor,"Law and Morality", New York University Law Review, 43 (1968), p. 627.

[70] Taylor,"Law and Morality", p. 626.

[71] Karl Llewellyn, The Bramble Bush, New York: Oceana Publication, 1981, p. 3.

[72] Frank, Law and Modern Mind, pp. 11-12.

[73] Rosco Pound,"How Far Are We Attaining a New Measure of Values in Twenty-Century Juristic Thought", West Virginia Law Review, 42 (1936), p. 89.

[74] Hart, The Concept of Law, ch. 9.

[75] Be ndit t , Law as Rule and Principle , p . 26.

[76] Ly ons , Ethics and the Rule of Law , p . 39.

[77] Be ndit t , Law as Rule and Principle , p . 27.

[78] 凯尔森：《法律与国家的一般理论》，沈宗灵译，中国政法大学出版社1 9 9 6年版，第42 —45页。

[79] Ly ons , Ethics and the Rule of Law , p . 40.

[80] Ly ons , Ethics and the Rule of Law , p . 40.

[81] Benditt, Law as Rule and Principle, p. 37; Kent Greenawalt, Law and Objectivity, New York: Oxford University Press, 1992, p. 15.

[82] Lon L. Fuller, Lon L. Fuller Papers, Fuller to F. Olafson, Harvard Law School Library, 1960: Mar. 22.

[83] F rank, Law and Modern Mind , p . 6

[84] Karl Llewellyn,"Some Realism About Realism", Harvard Law Review, 44 (1931), pp. 1252-1253.

[85] William James, Pragmatism, ed. Fredson Bowers, Cambridge: Harvard University Press, 1975, p. 131.

[86] James, Pragmatism, p. 104.

[87] Jerome Frank, Court on Trial, Princeton: Princeton University Press, 1949, p. 353.

[88] Joseph W. Bingham,"What is Law", Michigan Law Review, 11 (1912), p. 35.

[89] Bingham,"What is Law", p. 9.

[90] Karl Llewellyn,"A Realistic Jurisprudence", Columbia Law Review, 30 (1930), p. 447.

[91] Hart, The Concept of Law, pp. 54-55.

[92] Hart, The Concept of Law, pp. 55-56.

[93] Hart, The Concept of Law, p. 83.

[94] Peter Winch, The Idea of a Social Science and Its Relation to Philosophy, London:Routledge & Kegan Paul, 1958, pp. 52, 133.

[95] Winch, The Idea of a Social Science and Its Relation to Philosophy, p. 115.

[96] Neil MacCormick, H. L. A. Hart, California: Stanford University Press, 1981, pp. 35, 43.

[97] Joseph Raz, The Authority of Law, Oxford: Clarendon Press, 1979, pp. 154, 156.

[98] MacCormick, H. L. A. Hart, pp. 34-40.

[99] H. L. A. Har t, Essays on the Jurisprudence and Philosophy, Oxford: Clarendon Press, 1983, p. 14.内在陈述对应内在观点，外在陈述对应外在观点，超然陈述对应超然观点。

[100] Be ndit t , Law as Rule and Principle , pp . 82, 83.

[101] Ronald Dworkin, Taking Rights Seriously, London: Duckworty, 1978, p. 52.

[102] Dworkin, Taking Rights Seriously, p. 53.

[103] Hart, The Concept of Law, pp.78-79. 2 Hart, The Concept of Law, p. 9.

[104] Hart, The Concept of Law, p. 92.

[105] Hart, The Concept of Law, p. 107.

[106] Ly ons , Ethics and The Rule of Law , p . 54.

[107] Ly ons , Ethics and The Rule of Law , pp . 54-56.

[108] Ly ons , Ethics and The Rule of Law , pp . 57-58.

[109] Ronald Dworkin,"Legal Theory and the Problem of Sense", in Issues in Contemporary Legal Philosophy: the in.uence of H.L.A.Hart , ed. Ruth Gavison, Oxford: Clarendon Press,1987, p. 15.

[110] Dw orkin, Taking Rights Seriously , p . 10.

[111] Har t , The Concept of Law , p . 92.

[112] 哈特的承认规则本身就存在于官员的“接受”行为之中。

[113] Joseph Raz,"Legal Principle and Limits of Law", Yale Law Journal, 81 (1972), p. 852.

[114] Ronald Dworkin,"Social Rules and Legal Theory", Yale Law Review, 81 (1972), p. 860.

[115] Philip Soper,"Legal Theory and the Obligation of a Judge: Hart/Dworkin Dispute", Michigan Law Review, 75 (1977), pp. 512-513.

[116] 参见引言部分的讨论。

[117] Dworkin,"Social Rules and Legal Theory", p. 876.

[118] Rolf Sartorius,"Social Policy and Judicial Legislation", American Philosophy Quarterly , 8(1971), pp. 155-156.

[119] Neil MacCormick, Legal Reasoning and Legal Theory, Oxford: Oxford University Press,1978, p. 233.

[120] Dw orkin, Taking Rights Seriously , p . 37.

[121] Har t , The Concept of Law , p . 113.

[122] 后文将讨论这一问题。

[123] Hart, The Concept of Law, pp. 93, 94.

[124] Hart, The Concept of Law, p. 12.

[125] Hart, The Concept of Law, p. 12.

[126] 其实，哈特后来自己也意识到，许多法律争论并不在于语言问题。他认为:“语言哲学方法……不适于解决或澄清反映不同基本观念、价值或背景理论的不同思想的争论，不适于解决或澄清与规则冲突或不完善有关的争论。”（Har t , Essays on the Jurisprudence and Philosophy , p . 6.）

[127] Hart, The Concept of Law, p. 188.

[128] Hart, The Concept of Law, p. 196.

[129] Hart, The Concept of Law, p. 197.

[130] Hart, The Concept of Law, p. 206.

[131] Hart, The Concept of Law, p. 198.

[132] Hart, The Concept of Law, p. 199.

[133] 柏拉图：《克里同》，严群译，商务印书馆1983年版，第104页。

[134] 苏格拉底本身也这样认为。见《克里同》。

[135] Hart, The Concept of Law, p. 206.

[136] Hart, The Concept of Law, preface.

[137] Hart, The Concept of Law, p. 107.

[138] Hart, The Concept of Law, p. 245.

[139] 凯尔森：《法律与国家的一般理论》，沈宗灵译，中国政法大学出版社1996年版，第 4 页。

[140] Har t , The Concept of Law , p . 1.

[141] Lon L. Fuller, The Law in Quest of Itself , Boston: Beacon Press, 1966, p. 11.

[142] 在本书引言中，我们曾假设了他们可能如何争论。

[143] Ronald Dworkin, Law’s Empire, Cambridge: Harvard University Press, 1986, pp. 15-16.

[144] Dworkin, Law’s Empire, pp. 16-20.

[145] Dworkin, Law’s Empire, p. 16.

[146] Dworkin, Law’s Empire, pp. 123-124

[147] Dworkin, Law’s Empire, p. 5.

[148] Dworkin, Law’s Empire, p. 90.

[149] Dworkin, Law’s Empire, p. 413.

[150] 参见第052、053小节批评者的批评。

[151] 在德沃金的理论中，语义学的法律理论是指这样一种理论，即认为法律工作者及法官在确定法律命题，如“担保人须承担连带赔偿责任是法律的规定”的真伪时，都大致使用了相同的标准，就像人们在确定某一句话的真伪时使用了相同的语言规则一样。参见 Dworkin, Law’s Empire, pp. 32-33。

[152] Dworkin, Law’s Empire, pp. 45-46. 3 参见前第064小节的分析批评。

[153] Hart, Essays on the Jurisprudence and Philosophy, pp. 133, 134.

[154] Rosco Pound,"The Theory of Judicial Desision", Harvard Law Review, 36 (1923), p. 641.

[155] Lon L. Fuller, Anatomy of the Law, New York: Praeger, 1968, pp. 61-157.

[156] 参见前第052、053小节。

[157] Dworkin, Law’s Empire, p. 152.

[158] Dworkin, Law’s Empire, pp. 271-275.

[159] Dworkin, Law’s Empire, pp. 291, 338; Ronald Dworkin, A Matter of Principle, Cambridge: Harvard University Press, 1985, pp. 9-32.

[160] Neil MacCormick,"Reconstruction after Deconstruction: Closing in on Critique", in Closure or Critique: New Directions in Legal Theory, ed. Alan Norrie, Edingburgh: Edinburgh University Press, 1994, p. 146.

[161] Dworkin, A Matter of Principle, pp. 143-144.

[162] 例如帕尔玛案中格雷法官和厄尔法官从不同的“根据”出发得出相互矛盾的具体法律结论。

[163] Dworkin, Law’s Empire, p. 36; Dworkin,"Legal Theory and the Problem of Sense", p. 12.

[164] Dworkin, Law’s Empire, pp. 266, 354.

[165] Dworkin, Law’s Empire, p. 87.

[166] Dworkin, Law’s Empire, p. 87.

[167] Dworkin, Law’s Empire, pp. 51-52.

[168] Dworkin, Law’s Empire, pp. 65-66.

[169] Dworkin, Law’s Empire, p. 66.

[170] Dworkin, Law’s Empire, p. 66.

[171] Dworkin, Law’s Empire, p. 70.

[172] Dworkin, Law’s Empire, pp. 70-71.

[173] Dworkin, Law’s Empire, p. 91.

[174] Dworkin, Law’s Empire, p. 88.

[175] Dworkin, Law’s Empire, p. 88.

[176] Dworkin, Law’s Empire, p. 229.

[177] Dworkin, Law’s Empire, p. 410.

[178] Dworkin, Law’s Empire, p. 91.

[179] Ronald Dworkin,"Legal Theory and the Problem of Sense", in Issues in Contemporary Legal Philosophy: the influenceof H.L.A. Hart, ed. Ruth Gavison, Oxford: Clarendon Press, 1987, p. 13.

[180] Dw orkin, Taking Rights Seriously , p . 46.

[181] Dw orkin, Law's Empire , p . 413.

[182] Dworkin, Law's Empire, p. 88.

[183] H. L. A. Hart,"Comment", in Issues in Contemporary Legal Philosophy: the in.uence of H.L.A. Hart, ed. Ruth Gavison, Oxford: Clarendon Press, 1987, p. 37.

[184] Hart,"Comment", pp. 37-42.

[185] Steven Knapp,"Practice, Purpose, and Interpretive Controversy", in Pragmatism in Law and Society, ed. Michael Brint and William Weaver, Boulder: Westview Press, Inc., 1991, p.328.

[186] Knapp,"Practice, Purpose, and Interpretive Controversy", p. 328.

[187] Hart,"Comment", p. 41.

[188] Dworkin, Law's Empire, pp. 103-104.

[189] Hart,"Comment", pp. 35-42.

[190] 参见前第053小节。

[191] 当然，这种普遍性不同于哈特的普遍性，因为德沃金认为有的规范性要求并不来自已经存在的社会规则，而哈特认为全部来自社会规则。

[192] Dw orkin, Taking Rights Seriously , pp . 51-53.

[193] Dworkin, Law's Empire, p. 90.

[194] 参见前第045小节。

[195] Dworkin, Law's Empire, pp. 13-14.

[196] 如富勒认为法律符合形式上的道德要求才能称作真正的法律，见Lon L. Fuller, The Morality of Law, New Haven: Yale University Press, 1969, pp. 93, 97；阿奎那认为，内容上邪恶的法律不是法律，参见阿奎那：《阿奎那政治论文选》，马清槐译，商务印书馆 1982年版，第151页。

[197] 参见与富勒的争论。［ H. L. A. Har t,"Positivism and the Separation of Law andMorals", Harvard Law Review, 71 (1958), p. 593; Lon L. Fuller,"Positivism and Fidelity to Law-A Reply to Professor Hart", Harvard Law Review, 71 (1958), p. 630.]

[198] Dworkin, Law’s Empire, pp. 13-14.

[199] Neil MacCormick and Ota Weinberger, An Institutional Theory of Law: New approaches to legal positivism, Boston: D. Reidel Pubishing Corporation, 1986, ch. 6.

[200] Hart,"Comment", pp. 35-42.

[201] Roger Cotterrell, Law’s Community, Oxford: Clarendon Press, 1995, pp. 28-37.

[202] 参见Stephen Guest,"Two Strands in Hart’s Theor y of Law: A Comment on the Postscript to Hart’s The Concept of Law", in Positivism Today, Brook.eld, Vt: Dartmouth, 1996, pp. 32-33。

[203] Dw orkin, A Matter of Principle , p . 119.

[204] Dw orkin, A Matter of Principle , p . 146.

[205] 现实主义法学的具体理由，参见前第035小节。

[206] 参见引言部分。

[207] Dworkin, A Matter of Principle, p. 139.

[208] Dworkin, A Matter of Principle, p. 139.

[209] Dworkin, Law’s Empire, pp. 235-238.

[210] Ronald Dworkin,"Pragmatism, Right Answers, and True Banality", in Pragmatism in Law and Society, ed. Michael Brint and William Weaver, Boulder: Westview Press, Inc., 1991, p.365.

[211] Dworkin, Law’s Empire, p. 172.

[212] Dworkin, A Matter of Principle, p. 172.

[213] Dworkin, Taking Rights Seriously, pp. 81-88, 279-290, 331-338; Dworkin, Law’s Empire,pp. 65-86, 260-262.

[214] 出于这一缘故，德沃金将1978年出版的论文集称作《认真地看待权利》。

[215] Dworkin, A Matter of Principle, p. 173.

[216] H. L. A. Hart, The Concept of Law, 2nd ed., Oxford: Clarendon Press, 1994, pp. 239-240.

[217] Dworkin, A Matter of Principle, p. 174.

[218] Dworkin, A Matter of Principle, pp. 136-137.

[219] Dworkin, Law’s Empire, p. 231.

[220] Dworkin, Law’s Empire, p. 235.

[221] 这一“本文”不限于白纸黑字的“本文”，其意义较为广泛，包括法律制度这样的社会存在。

[222] MacCormick,"Reconstruction after Deconstruction: Closing in on Critique", p. 142.

[223] Duncan Kennedy,"For m and Substance in Private Law Adjudication”, Harvard Law Review, 89 (1976), p. 1712.

[224] Adam Smith, Wealth of Nations: Books I-III, Harmond sworth: Penguin, 1970, p. 119.

[225] Kennedy,"Form and Substance in Private Law Adjudication", pp. 1732-1733.

[226] Mark Kelman, A Guideto Critical Legal Studies, Cambridge: Harvard University Press, 1987, p. 17.

[227] Duncan Kennedy,"Legal Education as Training for Hierarchy", in Politics of Law, ed.David Kairys, New York: Pantheon Books, 1982, p. 47.

[228] MacCormick,"Reconstruction after Deconstruction: Closing in on Critique", p. 145.

[229] MacCormick,"Reconstruction after Deconstruction: Closing in on Critique", p. 146.

[230] Andrew Altman, Critical Legal Studies: a liberal critique, Princeton: Princeton University Press, 1990, p. 106.

[231] 59 N.E. 1058 (Ind. 1901). 2 104 S.W. 164 (Ark. 1907).

[232] John Hasnas,"The Myth of The Rule of Law", Wisconsin Law Review, 199 (1995), pp.202-203.

[233] 33 N.W. 919 (Mich. 1887).

[234] 64 Wis. 265, 25 N.W. 42 (1885).

[235] Hasnas,"The Myth of The Rule of Law", pp. 207- 208.

[236] Hasnas,"The Myth of The Rule of Law", p. 206.

[237] Allen Hutchinson and Patrick Monahan,"Law, Politics and Critical Legal Scholars: The unfolding drama of American legal thought", Stanford Law Review, 36 (1985), p. 282.

[238] Roberto Unger,"The Critical Legal Studies Movement", Harvard Law Review, 96 (1983),p. 565.

[239] Unger,"The Critical Legal Studies Movement", p. 570.

[240] Har t , Essays on the Jurisprudence and Philosophy , pp . 6-7, 136-140.

[241] Alt man, Critical Legal Studies: a liberal critique , p . 128.

[242] Alt man, Critical Legal Studies: a liberal critique , p . 129.

[243] Kennedy,"Form and Substance in Private Law Adjudication", p. 1762.

[244] Clare Dalton,"An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine", Yale Law Journal,94 (1985), p. 1007.

[245] Mark Tushnet, Red, White and Blue: A Critical Analysis of Constitutional Law,Cambridge: Harvard University Press, 1988, pp. 191-192

[246] Tushnet, Red, White and Blue: A Critical Analysis of Constitutional Law, p. 63.

[247] Dalton,"An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine", pp. 1008-1010.

[248] Gary Peller,"Metaphysics of American Law". 73 California Law Review, 73 (1985), pp.1167-1168.

[249] Peller,"Metaphysics of American Law", p. 1169.

[250] Jacques Derrida, Of Grammatology, Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1974,pp. 46-47.

[251] Derrida, Of Grammatology, p. 735.

[252] Derrida, Of Grammatology, pp. 62-63.

[253] Michel Foucault,"Nietzsche, Genealog y, Histor y", in Language: Counter-memory, Practice, ed. D. F. Bouchard, Ithaca, New York: Cornell University Press, 1977, pp. 151-152.

[254] Altman, Critical Legal Studies: a liberal critique, pp. 93, 94; Don Herzog,"As Many as Six Impossible", California Law Review, 75 (1987), p. 629.

[255] Altman, Critical Legal Studies: a liberal critique, pp. 95-56.

[256] Owen Fiss,"Objectivity and Interpretation", Stanford Law Review, 34 (1982), p. 303.

[257] Fiss,"Objectivity and Interpretation", p. 305.

[258] Fiss,"Objectivity and Interpretation", p. 302.

[259] ack Balkin,"Deconstructive Practice and Legal Theory", Yale Law Review, 96 (1987), p. 743.

[260] Jack Balkin,"Taking Ideolog y Seriously: Ronald Dworkin and the CLS Critique", University of Missouri-Kansas City Law Review, 55 (1987), p. 397.

[261] 80 Wis. 523, 50 N.W. 403 (1891).

[262] Balkin,"Taking Ideology Seriously: Ronald Dworkin and the CLS Critique", pp. 410-411.

[263] Balkin,"Taking Ideology Seriously: Ronald Dworkin and the CLS Critique", p. 411.

[264] Balkin,"Taking Ideology Seriously: Ronald Dworkin and the CLS Critique", p. 414.

[265] Balkin,"Taking Ideology Seriously: Ronald Dworkin and the CLS Critique", p. 414.

[266] Balkin,"Taking Ideology Seriously: Ronald Dworkin and the CLS Critique", p. 417.

[267] Balkin,"Taking Ideology Seriously: Ronald Dworkin and the CLS Critique", p. 418.

[268] Balkin,"Taking Ideology Seriously: Ronald Dworkin and the CLS Critique", pp. 415, 417.

[269] Balkin,"Deconstructive Practice and Legal Theory", pp. 765, 766.

[270] Dworkin, Law's Empire, p.78; Dworkin, A Matter of Principle, p. 175.

[271] Hercules，德沃金设想的一个全能智慧的法官。

[272] Dworkin, Law's Empire, pp. 443-444.

[273] Joseph Singer,"The Player and the Cards: Nihilism and Legal Theory", Yale Law Journal, 94 (1984), p. 13.

[274] Kennedy,"Legal Education as Training fot Hierarchy", p. 47.

[275] David Kairys,"Introduction", in Politics of Law, ed. David Kairys, New York: Pantheon Books, p. 1982, pp. 5-6.

[276] Roberto Unger, Knowledge and Politics, New York: Free Press, 1975, p. 91.

[277] Peller,"Metaphysics of American Law", p. 1170.

[278] Hutchinson and Monahan,"Law, Politics and Critical Legal Scholars: The unfolding drama of American legal thought", p. 306.

[279] Balkin,"Taking Ideology Seriously: Ronald Dworkin and the CLS Critique", p. 392.

[280] Alan Hunt, Explorations in Law and Society, New York: Routledge, 1993, pp. 118, 148.

[281] Hunt , Explorations in Law and Society , p . 148.

[282] G oran T he rbor n, The Ideology of Power and The Power of Ideology , London: Ne w¨Le ft Books , 1980, pp . 77, 103.

[283] Hunt , Explorations in Law and Society , p . 121.

[284] Paul Hirst, On Law and Ideology, Atlantic Highlands, N.J.: Humanities Press Inc., 1979, p. 57.

[285] P eter Goodric h, Reading The Law: A Critical Introduction to Legal Method and Techniques , London: Basil Blac kw ell, 1986, p . 20.

[286] 参见前104小节。

[287] Joseph Singer, Real Con.icts , Boston: School of Law, Boston University, 1988, p. 163.

[288] Balkin,"Deconstructive Practice and Legal Theory", p. 782.

[289] Balkin,"Deconstructive Practice and Legal Theory", p. 783.

[290] Balkin,"Deconstructive Practice and Legal Theory", p. 784.

[291] John Finnis,"The Critical Legal Studies Movement", in Oxford Essays in Jurisprudence, Third Series, ed. John Eekelaar and Jhon Bell, New York: Oxford University Press, 1987, p. 148.

[292] 这里不是在贬义意义上使用这个词。

[293] Alan Hunt,"Law’s Empire or Legal Imperialism?", in Reading Dworkin Critically, ed.Alan Hunt, Oxford: Berg Publishing, Inc., 1992, p. 26.

[294] Alan Hunt, Critical Legal Studies, New York: B. Blackwell, 1987, p. 10

[295] Dw orkin, A Matter of Principle , p . 146.

[296] 17 U.S.(4 Wheat.) 316 (1819).

[297] Pierre Schlag,"The Problem of the Subject", Texas Law Review, 69 (1991), p. 1634.

[298] Schlag,"The Problem of the Subject", p. 1742.

[299] Peter Schanck,"Understanding Postmodern Thought and its Implications for Statutory Interpretation", Southern Califonia Law Review, 65 (1992), p. 2516.

[300] Schanck,"Understanding Postmodern Thought and its Implications for Statutor y Interpretation", p. 2516.

[301] Margaret Davies, Asking The Law Question , Sydney: The Law Book Company Ltd.,1994, p. 248.

[302] War rington Douzinas, Costas Douzinas, Ronnie Warrington, and Shaun McVeigh, Postmodern Jurisprudence: The Law of Text in the Texts of Law, New York: Routledge,1991, pp. 28, 126.

[303] Schlag,"The Problem of the Subject", p. 1630.

[304] Jean-Franois Lyotard, Postmodern Condition: A Report of On Knowledge, Minneapolis:University of Minnesota Press, 1984, p. 15.

[305] Jacques Lacan, Ecrits: A Selection, London: Tavisrock, 1977, pp. 1-7.

[306] Lacan, Ecrits: A Selection, pp. 146-178.

[307] Lacan, Ecrits: A Selection, pp. 292-325.

[308] Michel Foucault, Power/Knowledge: Selected Interviews and Other Writings, ed. ColinGordon, Brighton: Harvester Press, 1980, pp. 93-102.

[309] Foucault, Power/Knowledge: Selected Interviews and Other Writings, pp. 93-102.

[310] Schanck,"Understanding Postmodern Thought and its Implications for Statutory Interpretation", pp. 2509-2510.

[311] Schanck,"Understanding Postmodern Thought and its Implications for Statutory Interpretation", pp.2596-2597.巴尔金自己也承认这对批判法学理论的立场来说是一个

致命的弱点。［Jack Balkin,“Ideology as Constraint”, Stanford LawReview, 43 (1991), pp.1133, 1137.］

[312] Schlag,"The Problem of the Subject", p. 1688.

[313] Margaret Davies, Asking The Law Question , Sydney: The Law Book Company Ltd., 1994, p. 254.

[314] Schanck,"Understanding Postmodern Thought and its Implications for Statutory Interpretation", p. 2517.

[315] Nicholas Blomley, Law, Space, and theGeographies of Power, New York: The Guilford Press, 1994, p. xi.

[316] Boaventura de Santos,"Law: A Map of Misreading", Journal of Law and Society, 14(1987), pp. 297-298.

[317] Davies, Asking The Law Question , p. 228.

[318] Davies, Asking The Law Question , p. 228.

[319] Davies, Asking The Law Question , p. 264.

[320] Schanck,"Understanding Postmodern Thought and its Implications for Statutory Interpretation", p. 2510.

[321] Cranch 137 (1803).

[322] Douzinas, Warrington and McVeigh, Postmodern Jurisprudence: The Law of Text in the Texts of Law, p. 27.

[323] Foucault,"Nietzsche, Genealogy, History", pp. 27-28.

[324] Michel Foucault, The History of Sexuality Vol.1: An Intrduction, translated by Robert Hurley, New York: Random House, 1978, p. 101.

[325] 参见前第104小节。

[326] Blomle y , Law, Space, and the Geographies of Power , p . xii.

[327] Douzinas , W ar ringt on and Mc V e igh, Postmodern Jurisprudence: The Law of Text in the Texts of Law , pp . ix-x.

[328] Douzinas , W ar ringt on and Mc V e igh, Postmodern Jurisprudence: The Law of Text in the Texts of Law , p . x.

[329] Douzinas, Warrington and McVeigh, Postmodern Jurisprudence: The Law of Text in the Texts of Law, p. 27.

[330] Schlag,"The Problem of the Subject", p. 1742.

[331] Santos,"Law: A Map of Misreading", p. 297.

[332] Douzinas, Warrington and McVeigh, Postmodern Jurisprudence: The Law of Text in the Texts of Law, p. 28.

[333] Douzinas, Warrington and McVeigh, Postmodern Jurisprudence: The Law of Text in the Texts of Law, p. 28.

[334] 亦是文学理论家。

[335] Stanley Fish,"Doing What Comes Naturally: Change, Rhetoric, and The Practice of Theory", in Literary and Legal Studies, Durham: Duke University Press, 1989, p. 146.

[336] Fish,"Doing What Comes Naturally: Change, Rhetoric, and The Practice of Theory", pp.\146-147.

[337] Fish,"Doing What Comes Naturally: Change, Rhetoric, and The Practice of Theory", pp.215, 245-246.

[338] Fish,"Doing What Comes Naturally: Change, Rhetoric, and The Practice of Theory", pp.1, 27.

[339] Richard A. Posner, The Problems of Jurisprudence, Cambridge: Har vard University Press, 1990, p. 7.

[340] Posner, The Problems of Jurisprudence, p. 7.

[341] Posner, The Problems of Jurisprudence, p. 31.

[342] Richard A. Posner,"What Has Pragmatism to Offer Law", in Pragmatism in Law and Society, ed. Michael Brint and William Weaver, Boulder: Westview Press, Inc., 1991, p. 37.

[343] Cornel West,"The Limits of Neopragmatism", in Pragmatism in Law and Society, ed.Michael Brint and William Weaver, Boulder: Westview Press, Inc., 1991, pp. 122-123.

[344] Catharine Wells,"Situated Decision-making", in Pragmatism in Law and Society, ed.Michael Brint and William Weaver, Boulder: Westview Press, Inc., 1991, p. 290.

[345] Posner, The Problems of Jurisprudence, p. 73.

[346] Posner, The Problems of Jurisprudence, p. 73.

[347] Wells,"Situated Decision-making", p. 276.

[348] Wells,"Situated Decision-making", p. 278.

[349] Fish,"Doing What Comes Naturally: Change, Rhetoric, and The Practice of Theory", pp. 372, 378.

[350] 理查德·罗蒂：《后哲学文化》，黄勇译，上海人民出版社1992年版，第39页。

[351] 罗蒂：《后哲学文化》，第82页。

[352] John Dewey, Experience and Nature. 2nd ed., New York: Dover, 1929, p. 179.

[353] Posner,"What Has Pragmatism to Offer Law", p. 39.

[354] Posner,"What Has Pragmatism to Offer Law", p. 39.

[355] Posner,"What Has Pragmatism to Offer Law", p. 35.

[356] Posner, The Problems of Jurisprudence, pp. 265-267.

[357] Wells,"Situated Decision-making", pp. 284-285.

[358] 参见前第066小节。

[359] Posner,"What Has Pragmatism to Offer Law", p. 40.

[360] Posner,"What Has Pragmatism to Offer Law", p. 40.

[361] Posner,"What Has Pragmatism to Offer Law", p. 32.

[362] Tomas C. Grey,"What Good Is Legal Pragmatism", in Pragmatism in Lawand Society,ed. Michael Brint and William Weaver, Boulder: Westview Press,Inc., 1991, p. 15.

[363] Grey,"What Good Is Legal Pragmatism", p. 15.

[364] Posner,"What Has Pragmatism to Offer Law", p. 35.

[365] William James,"Pragmatism", in Pragmatism and Other Essays 96. 1963, pp. 28-29.

[366] James,"Pragmatism", p. 98.

[367] Dworkin,"Pragmatism, Right Answers, and True Banality", p. 361.

[368] Dworkin,"Pragmatism, Right Answers, and True Banality", p. 373.

[369] Grey,"What Good Is Legal Pragmatism", p. 15.

[370] Grey,"What Good Is Legal Pragmatism", p. 16.

[371] Tomas C. Grey,"Hear the other side: Wallace Steven and Pragmatist Legal Theory", Southern California Law Review, 63 (1990), p. 1571.

[372] Martha Minow, and Elizabeth V. Spelman,"In Context", in Pragmatism in Law and Society, ed. Michael Brint and William Weaver, Boulder: Westview Press, Inc., 1991, p. 269.

[373] Grey,"What Good Is Legal Pragmatism", pp. 23-25.

[374] Charles Peirce,"What Pragmatism is", in Collected Papers ofCharles Scanders Peirce, ed.Charles Hartshorne and Paul Weiss, Cambridge: Harvard University Press, 1934, p. 278.

[375] Posner,"What Has Pragmatism to Offer Law", p. 35.

[376] West,"The Limits of Neopragmatism", pp. 121-122.

[377] Grey,"What Good Is Legal Pragmatism", p. 13.

[378] Grey,"What Good Is Legal Pragmatism", p. 16.

[379] Posner,"What Has Pragmatism to Offer Law", p. 42.

[380] 参见前第105小节。

[381] 参见前第053小节批判者的观点。

[382] David Luban, Legal Modernism, Ann Arbor: The University of Michigan, 1994, p. 154.新实用主义者波斯纳便说过：在法律制度中，推论是相当宽容的，它结合了许多不同的一般实践推理技术。［Richard A. Posner,"The Jurisprudence of Skepticism", Michigan Law Review, 86 (1988), pp. 858-859.］

[383] Luban,Legal Modernism, p. 154.

[384] Luban,Legal Modernism, pp. 154-155.

[385] Posner,"The Jurisprudence of Skepticism", p. 827.

[386] Mark Tushnet,"Following The Rule Laid Down: A Critique of Interpretativism and Neutral Principles", Harvard Law Review, 96 (1983), p. 822.

[387] Christopher Kutz,"Just Disagreement: Indeterminacy and Rationality in the Rule of Law", Yale Law Review, 103 (1994), pp. 1000-1004.

[388] Kutz,"Just Disagreement: Indetermincy and Rationality in the Rule of Law", pp. 1000-1004.

[389] Kutz,"Just Disagreement: Indetermincy and Rationality in the Rule of Law", p. 1001.

[390] Kutz,"Just Disagreement: Indetermincy and Rationality in the Rule of Law", p. 1004.

[391] Kutz,"Just Disagreement: Indetermincy and Rationality in the Rule of Law", p. 1029.

[392] 参见前第037、112小节。

[393] 参见前第087小节。

[394] 参见第001小节。

[395] 参见第018小节。

[396] 参见第016、017小节。

[397] 参见第040、041、042和049小节。

[398] 参见第066、092小节。

[399] 参见第135、136和137小节。

[400] 参见第070小节。

[401] 参见第087小节。

[402] 参见第101小节。

[403] 参见第079小节。

[404] 参见第055、056和057小节。

[405] 参见第035、102小节。

法学实践

刘星 著

增订版

GUANGXI NORMAL UNIVERSITY PRESS
广西师范大学出版社

版权信息

图书在版编目（CIP）数据

法学实践 / 刘星著．—增订本．—桂林：广西师范 大学出版社，2019.6 ISBN 978-7-5598-1791-4

I．①法… II．①刘… III．①法律- 文集 IV．①D90-53

中国版本图书馆CIP 数据核字（2019）第095563 号

广西师范大学出版社出版发行（ 广西桂林市中华路22号 邮政编码：541001 ）

出版人：张艺兵

全国新华书店经销

开本：880 mm × 1 240 mm 1/32

印张：11 字数：240 千字

2019 年6 月第1 版2019 年6 月第1 次印刷

定价：68.00元

目　录

版权信息
增订版序
前言（致谢）
导论 法学知识的“实践性”
一、法学知识文本
二、实践法律知识文本
三、实践法律知识的“非中立性”
四、实践法律知识的“立场”
五、理论者思考的“法律实践知识”
六、实践者思考的“法学理论知识”
七、知识形态的家族类似
八、法律知识的具体性与普适性
九、理论中的法律知识的性质
十、本书叙事的知识定位
十一、本书的思路
十二、本书的论题范围、结构框架、方法运用
十三、一个提示
第一章 法学“科学主义”在中国——法学知识如何成为法律实践的组成部分
一、问题、思路和限定
二、“科学式”历时法学的研究对象
三、历时性法学的学术生产过程
四、“科学式”共时性法学的内在困境
五、法律实践中的“理论”和法学理论中的“理论”的异同
六、法学知识如何成为法律实践的组成部分

第二章 法学的“全球意义”——从民国时期三种法理知识的生产看
一、问题
二、民国法理知识的生产方式
三、近现代法理知识生产中的“全球意义”
四、法学“全球意义”的主观构建
五、法学“全球意义”的客观语境
六、在法学“全球意义”的深层中考察
第三章 西方法学理论的“中国表达”——话语如何迁移
一、问题和必要的说明
二、西方法学理论如何被“建构”
三、西方法学理论的“想象”
四、西方法学理论的中国知识背景
五、发现法律实践
第四章 重新理解法律移植——从“历史”到“当下”
一、问题和限定
二、法律移植的或然性
三、历史主义法律移植研究的主观性
四、法律移植与“广义立法运动”的实质关系
五、法律与政治
六、关于法律移植的“当下社会共识”
七、法律移植的具体机制
八、结语
第五章 现代性观念与现代法治——一个诊断分析
一、问题和必要的说明
二、现代性和现代性观念
三、现代法治
四、现代性观念与现代法治的关系
五、结论

第六章 简约的法律——一种法学观点的实践表达
一、问题和思路
二、一个需关注的法律现象
三、至善至美的公正与法律复杂
四、追求公正的成本支出
五、成本支出的正当性
六、何为简约
七、余论
第七章 法学学术与法律生活——经由“一种实证法学努力”而分析
一、问题和限定
二、在中国基层司法制度中
三、实证经验的法律实践考察
四、法学学术的“特殊”修辞
五、微观制约与微观斗争
参引文献
返回总目录

增订版序

本书基本内容形成于十年前。现在的十年，比起以往的十年，似乎过得更快，真是瞬息即逝。也许正因为瞬息即逝，所以本书内容还是不会过时，而且，就思路而言再过十年或许依然有其意义。本书讨论“法学知识如何实践”，且更多侧重于中国的背景，但这一讨论还是包含了更广阔的理论期待，即怎样看待广义的法学职业者的学术努力、怎样认识他们的职业产出，以及他们的知识究竟是以什么方式存在于社会。对法学而言，随着全球化尤其是语言交流的便捷，中国背景和世界背景之间的界线越来越不清晰了，故而更广阔的理论期待也更具有了合法性。

本书的主题、逻辑在《前言（致谢）》中有详细交代，读者可参阅。

《法学实践（增订版）》纠正了一些讹误，修改了某些细节内容。

《法学实践（增订版）》的出版，要感谢刘峰先生的提议。刘峰先生总是支持我的书籍出版，这份情谊永记。另要特别感谢广西师范大学出版社，出版本书是对我的厚爱。深望读者的批评指正。

刘　星

2017年冬于北京

前言（致谢）

对法学理论，我们常会认为，其所揭示的对象才需特别关注，其本身，或许并非更重要；即使我们可能总会争论法学理论应这样来表达，或那样来表达。这就有如我们时常对待自己的语言：当使用语言去表达、阐述、分析、评价甚至捏塑对象时，我们更为记住且警惕的是语言所述对象，而非语言本身。十分自然，我们常假定了语言的一般而言的“安全 ”，及不可质疑性，进一步，假定且认定了其“认识通道”的功能；尽管，我们总会争论语言应这样来使用，或那样来使用。

如果改变这种想法，或像后来的哲学家重新认识语言本身所存在的“实质”问题，如追问语词怎样被实用主义地使用，叙述怎样被用来展示策略，言说怎样被用来释放政治谋划，修辞怎样被用来打扮价值欲望……则对法学理论，我们也需从“话语权力”角度，从事反思式的“对法学理论分析进行理论分析”。

如此言之有些抽象。浅显讲，如果认为我们看见的“经验对象”才重要，则我们的“看见 ”，或“怎样看见 ”，可能更重要。因为，我们不能忘记，以内在性质论，“看见”及“怎样看见 ”，是多种多样的，而且，它们影响着我们所见对象的“呈现方式 ”；法学理论即为一种“看见”，及“怎样看见”。

本书主要研究法学理论本身。其将法律实践作为群体表演角色，将法学理论作为群体中的一个表演角色。这意味着，本书的分析途径是：犹如群体表演角色和其中一个表演角色相互内在地互为艺术推进，法学理论，则在法律实践中表现自我意义。进一步，这一分析途径所预示的分析目标则是：法学理论，属于法律实践的一个内在部

分。这一目标的意思在于指出，法学理论是实践性的，更是法律实践性的；同时，最重要的，当进行法学理论研究时，我们正在进行社会实践，特别是法律实践。

当然，本书借助了一个思考焦点— —“法律知识 ”。任何人都会轻松理解一个陈述：法律实践中存在法律知识，法学理论中本身便存在法律知识。但当存在于不同领域，准确而言，实践和理论两个不同领域，此时，这种知识是否可成为同一的，人们则可能觉得这是“必须谨慎小心才能予以回答”的问题；换言之，最好认为不同一。本书试图论证，即使在不同领域，亦有必要，甚至应当，将其视为同一，即它们在实质、功能、意义、价值等方面并无区别；区别仅在于，其一在实践中，其一在理论中。以此为基础，我们或许可较为顺利地理解，为何法学理论是实践性的，更是法律实践性的，为何进行法学理论研究时，我们正在进行社会实践，特别是法律实践。

进行这样分析论证的目的，是要说明法学理论本身并不存在“科学”“中立”甚至“发现客观真理 ”，或“纯粹话语叙事”的问题，而且也不应当存在此类问题。由此出发，法学知识分子，不存在所谓“独立精神”的问题，而且也不应当存在此类问题。法学理论，及法学知识分子，应时刻调整自己的社会政治立场。就此目的看，本书可能以新的学术推进的方式，逐步重温了马克思的经典思考路线— —法律和法学的阶级分析。

这可能不太符合今天的法学时尚。但对理解法律、法律实践，特别是中国的，这可能具有特殊重要意义。当中国的法律与法学发展到今天，我们可能已发觉，我们越来越不能麻木地不问其中是否没有“对谁有利”的问题。事实上，我们已知道，当在法学上论证诉讼中的“程序主义”和“实体主义 ”— —本书导论以此作为分析范例— —究竟何者重要时，我们已自觉或不自觉，正在论证应支持中国社会上的哪一阶

层、哪一群体；当在法学上论证“法律是否应当移植 ”——本书第四章以此作为分析个案— —时，我们势必无法逃避中国社会上的不同阶层、不同群体的拥护或质问；当在法学上论证“死刑存废 ”“经济上政府管制的边界”等问题时，我们总在且必须面对中国社会上的不同阶层、不同群体的支持或指责。这意味着，如果宣称法学论证是“真理性 ”“规律性 ”“客观性 ”“中立性”的，更是“科学性”的，我们是否在静悄悄，以“话语霸权”的方式，束缚、压抑、排斥直至消灭某些阶层、某些群体的生存欲望、利益期待?

依此而言，本书写作具有较强烈的 “文本政治实践”特点：一方面，其为学理性深入分析的著述；另一方面，其试图将被分析的法学理论，变为“追问对谁正当”的对象，包括本书自身法学理论。

这是本书的一个基本交代。

本书内容写作已经有些时日。其中相当一部分，曾以论文方式，先期发表于一些学术刊物。这要求首先要感谢这些刊物及编辑朋友们的惠助。这些刊物是《中国社会科学》《法学研究》《法制与社会发展》《政法论坛》《环球法律评论》和《法学》。本书一些主题内容，曾在一些重要学术会议上宣读，如2004年北京大学和《中国社会科学》杂志社联合主办的“法律移植与中国法制建设”研讨会。在学术交流中，本书某些内容，得到了贺卫方教授、强世功教授、张中秋教授、朱景文教授、朱苏力教授，及学界其他在此无法一一提到的朋友的批评，这同样是必须感谢的。此外，感谢中山大学的一些教师同学，如陈颀、陈文琼、丁晓东、丁艳雅、毛玮、万海峰、张志伟，在课堂讨论中，他们类似地提出了非常有益的批评意见。最后需感谢北京大学出版社蒋浩先生，其再次鼓励、支持我的著述出版，此份持续的友情，已成为持久的激励；并需感谢该社孟瑶编辑，其细心审校、核误，为本书顺利出版付出巨大辛劳。

我现已离开中山大学。本书主要思想形成于我的“中山大学时代”。对我而言，这个“时代”曾激动人心、难以忘怀，同时不能否认，其是孕育现在继续思考的源泉。当然，我现任职的中国政法大学，亦为深入斟酌本书内容的重要“背景 ”。来到中国政法大学，我也不断改写、增减本书内容，调整思想路径，希望其能日臻完善。如此说明，同样是为表达对两所大学的谢意。

理论性的法学研究，需要深入思考和论证，但更重要的，能够对法律实践，当然首先是中国的，具有智识上的贡献，而且，亦如本书尝试论证的，能够积极以文本方式，参与实践。这是我的期待— —希望得到读者检验的一个期待。

刘　星

2007年春初稿于广州2010年秋定稿于北京

导论　法学知识的“实践性”

若作一点有关学者的谱系分析— —那些收集、记录事实的学者，那些进行证明和驳斥的学者— —那么，他们的Herkunft很快会表明，在他们表面无私的关注中，在他们对客观性的“纯粹的”执着追求中，留下的尽是些法院书记员的记录和律师— —他们的父亲— —的讼辞。[1]

理论中存在法律知识，实践中亦存在法律知识。本书讨论两者关系。讨论意在思考“法学知识如何实践”。这种思考或与人们通常设想的有些不同，涉及某些追问：两类法律知识以功能论，是否的确具有实质区别，及两类法律知识的生产者，以社会角色担当论，是否的确具有实质不同，正如“理论中”和“实践中”这些限定词所表达的？通过各章分析、论证，当然包括导论的细致阐述，本书可能会将思路引向某些目标：理论中的法律知识，尽管是“理论中”的，其生产者，尽管常被称为“进行单纯理论知识生产”，但在理论表达的过程中，及被认为“进行单纯理论知识生产”时，其依然“正在实践中”，其依然“正在”于实践中表达实践立场，并且，此为应当。这意味着，对于本书的叙述逻辑而言，两类知识，两类知识生产者，实际上极可能即为“一个事物的两个方面”；深入讲，两类知识之间的相互关系，及两类知识的生产者之间的相互关系，极可能不是简单的“对照”“吸取”“借鉴”等语词可描述清晰的。

显然，上述追问、目标期待，及上述叙述逻辑，对中国的法学理论而言，可能有些“不易理解”。因为，中国法学理论习惯认为，虽然可不断讲述“理论来源于实践，高于实践，又将返回实践进而指导实践”的故事，可不断宣称，“理论可转为实践的力量推动实践”，甚至

直言“知识就是力量 ”，但理论终归理论，实践终归实践。在理论和实践之间，一条界线非常明确；而且，在理论生产者和实践参与者的角色之间，另外一条界线同样明确。

因此，导论首先需要就相关问题作出说明、论证。

当然，在本书的思考路线、论题范围、结构框架、方法运用等方面，导论亦需作出解释。

一、法学知识文本

阅读一份“理论中的法律知识”的经验样本。

这份经验样本，涉及我国民事诉讼证明责任。现行《民事诉讼法》第64条第1款规定，“当事人对自己提出的主张，有责任提供证据”。此为人们熟知的“谁主张谁举证”的证明原则。但针对为何如此规定的问题，需阐述理论上的理由。如果阐述出来的理由表现了一种原理性质，则这种理由，即可成为一种“法律知识 ”。而法律知识的基本含义，在于其表现了一种关于法律原理性质的认识和理解。[2]

这份样本为一本法学书籍。

其中，作者提到，“谁主张谁举证”的理由至少包含如下两点：第一，法院必须依据证据认定事实，当事人主张的事实是否真实，法院既无法先验感知，也无法事后猜想，只能借助证据来判断；第二，法院非侦查机关，没有专门的侦查人员，而全部或主要由法院负担调查和收集证据，既不可能，又不合理。[3] 作者另认为，民事诉讼中的证明责任有其自身规律。[4]

显然，作者提到的第一点、第二点及“自身规律”，表达了一种“法律知识”的认识和理解。其另外表达了关于在证据问题上法院角色的定位原理，并且以此为基础，较细致说明了“当事人证明责任”的主要学理根据。

一般看，阅读这样一类“法律知识”，我们通常会认为，其为“理论中”的法律知识的描述。这种描述，既属于对历史及现实中的民事证明责任的概括和分析，[5]也属于对其中的规律、特征的把握和提炼。其亦可成为后来人们学习“举证责任”知识的一个对象。此外，我们通常会认为：这种理论中的法律知识，因其对“自身规律”的把握和提炼，主要目的在于类似自然科学以瞄向对象的剖析，故无明显的“当下的实践参与欲望”，即没有明显的“当下实践立场”的表达和宣扬，其动机，主要在于“法律知识的学术生产”。并且，其以学术话语作为表达方式。而更重要的，其是“客观”“中立”的。广泛说，法学中，类似的知识描述非常普遍，并且均不约而同地默认作为一般知识传播的上述“自我特征”。

当然，我们通常又会认为，获得这样的法律知识，其目的并非仅为了“认识”“理解”，并非仅为了知识的“客观”“中立”的表达；在“认识”“理解”之后，法律知识还可作为一种理论话语来指导现实中的法律操作。它们的确来自实践，揭示实践中的“实质”，但又高于实践，又将返回实践中指导实践。如上述“证明责任知识”的阐述者即认为，在中国的民事证明责任实践中，应注意具有自身规律的“证明责任知识”的指导意义，否则，这类实践，便会出现怪异状态，且对实践本身非常不利，而怪异状态如：

1.当事人提出事实，人民法院调查收集证据；

2.当事人一动嘴，审判人员便跑断腿；

3.法院调查取证，律师阅卷、对法院收集的证据进行审查并提出问题。[6]

在其他理论化法律知识的描述中，人们一般同样会发现类似的“指导现实法律操作”的观念。

在此，更核心的，则是这种观念暗含一个命题：通过理论中法律知识的不断讨论、探索，法学学术可把握法律知识的准确性和真理性；进一步，在极其富有“准确性 ”“真理性 ”的法律知识阐述中，可推出普遍性的思想权威。

二、实践法律知识文本

现在，阅读一份“实践中的法律知识”的经验样本。

2003年，某省发生一起刑事案件审判。该审判当时引起广泛争议。案情，涉及一名基层法院法官的行为是否构成玩忽职守罪。此刑事案件审判，源自一起民事审判。作为被告人的法官，在一起民事审判过程中，是独任法官，负责审理一起债务纠纷。在关于这起债务纠纷的民事审判中，原告以借据为证主张被告欠债。被告提出，借据是在原告胁迫下签署的，故无效。该法官要求被告就“胁迫”问题提供证据。被告无法提供。该法官进而询问被告是否已向公安机关报案；被告称否。该法官依照《民事诉讼法》“谁主张谁举证”的原则，判决债务成立。案件进入执行程序。此时，被告中的两个当事人，颇为具有象征性地在法院 ——作为刑事案件被告人的法官所在的法院— —门口服毒自杀。后公安机关介入，询问原告；原告承认曾胁迫被告写下借据。有鉴于此，民事审判便被认为存在问题，其判决也被认为错误；而检察机关指控，该法官行为构成玩忽职守罪。此案即为当时著名的“莫兆军案”。[7]

刑事审判过程中，检察机关提出许多理由，以论证罪名成立。作为被告人，法官莫兆军同样提出许多理由，以说明自己行为未构成犯罪。最后，经二审终审，法院判决莫兆军无罪。在陈述终审判决理由时，法院引用了一些“法律知识”。对本书主题而言，值得注意的“法律知识”是：

民事诉讼中的法官，不可能像公安机关，收集“胁迫”一类的刑事犯罪证据；因为，其功能、职责及本身所具有的能力，与后者存在重要差异。民事诉讼中的法官，依据“谁主张谁举证”的民事诉讼原则审理案件，是正确的职业角色分工表现。[8]

将上述判决理由视为“法律知识”，是因为，在现行的中国法律制度中，并无相应的明确条文规定；另因为，法院的这种表述，与前述“理论中的法律知识”样本里的“学者阐述”一样，表达了法院对法律现象的“何以如此”的思想把握，表现了法院关于法律现象的原理性质的认识、理解。

但其在实践中。

所谓实践中，意思是，其目的在于通过“原理”的阐述，更准确说，通过“原理”式的话语宣布，以论证一种司法判决为正确，试图解决实践的法律纷争，而非仅表达对“法律现象中的规律”的认识，亦非仅表达“原理”本身的内容含义。就此“目的”而言，可清晰发现，其具有明显“当下的实践参与欲望”，具有明显“当下实践立场”的表达、宣扬，试图论证作为被告人的法官及处于类似境地的其他“被告人”法官，在其行为中，并不存在公诉一方指控的“玩忽职守罪”。

三、实践法律知识的“非中立性”

阅读经验样本，不仅意在使叙述成为具体实在的叙述，此并非重要；重要的，对本书主题而言，意在提示缘自法律实践本身的经验样本必定是不可回避的切入路径，是理解实质问题的基本场所，并且是论证的关键起点。

展开对比，可看到，关于“当事人证明责任”或“举证责任”，作为“法律知识”的具体内容，如“法官职能的原理”，或“法官恪守职能的意义”等，在理论样本和实践样本中，非常类似。换言之，两个样本中的知识表达及知识的论证，包括逻辑意向、说理结构、叙述机制，甚至关键词的使用，均十分接近。它们本身给人们的印象，正是阐述同一含义的“原理”性内容的“法律知识”。

问题是什么?

首先可指出，尽管在“实践样本”中可读到“原理”性的，且可能是“规律”性的“法律知识”，但这些“法律知识”，不是“中立性”的，并非每个人均会赞同，它们具有争议性质。因为，在上述案例的关于法律纠纷和法律审判的实践中运用“法律知识”，实际上是法院正在运用一种理由去论证自己的法律观点，同时，用其去对抗他者— —公诉一方— —的法律观点。为说明这点，进而为本书导论主题阐述铺平道路，需再返回到上述实践性的案例中。

在起诉作为被告人的法官时，公诉一方具有两个主要观点（当然，还有其他不是特别重要的观点）:

第一，作为一名职业且从事16年审判工作的法官，被告人应在民事诉讼中发觉“民事被告宣称被胁迫签署借据”的严重性；同时，因为具有较丰富的审判经验，被告人应在民事被告宣称自己被胁迫时，预见判决可能出现错误，进而预见可能出现不幸后果，如被后来事实证明的自杀后果。

第二，民事诉讼中“谁主张谁举证”，是针对一般民事诉讼而言的；当民事诉讼涉及刑事问题时，法官应以例外方式遵循刑事诉讼法的规定，[9] 将案件移交其他司法机关，否则，便未认真履行自己职责。[10]

可发现，公诉一方实质上认为，在涉及刑事问题时，民事诉讼中的法官，尤其是具有多年审判经验的法官——莫兆军，[11] 不能僵化地固守“谁主张谁举证”，进而僵化地固守自己民事审判者的角色。因此，公诉一方是在潜在地陈述另外一种“法律知识”：

民事诉讼中，“谁主张谁举证”的运用，并非没有例外情形；此外，必要时，法官角色可发生变化，如追查可能存在的刑事问题或证据。

这种“法律知识”和法院提出的“法律知识”，在案件具体语境中彼此冲突，至少不甚协调。而且，事实上，当一审法院作出判决，表达自己类似上述二审法院提出的“法律知识”时，公诉一方提出了抗诉，在抗诉中，进一步表达了上面提到的己方“法律观点”。公诉一方依然认为，无论以刑事诉讼法等法律条文论，还是以其他经验常识论，作为被告人的法官，均应承担刑事责任。此外，终审判决后，同样依然有人认为法院以自己的“法律知识”作为判决理由，不能成立。[12]

一个枝节问题需要澄清。

此案中，公诉一方和法院一方，均另外提出法律的明文规定作为自己的直接对抗依据。公诉一方提到《刑事诉讼法》第108条第1款的规定：

任何单位和个人发现有犯罪事实或者犯罪嫌疑人，有权利也有义务向公安机关、人民检察院或者人民法院报案或者举报。

法院一方提到《民事诉讼法》第64条第1款的规定:

当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。

如果坚持法条主义，[13]则双方在此均扎实地屹立在自己的直接法律规定的依据上；而且，两条法律规定，均可直接支持各自的法律观点。[14]但正是因为各自均拥有直接的法律规定作为依据，同时，两个法律规定，在这个案件中，[15]可成为相互对抗且证明力量对等的硬性依据（在此，当然并非认为它们相互矛盾），故提出其他论证理由，如“法律知识”，则为双方不得不努力争取的一个法律策略。

这个意义上，如同上面所述，人们势必需要且特别侧重将视线焦点转向“法律知识”（当然，可能还有其他观点论证[16]也需注意）。如果这样转向，经过前面关于“法律知识”的分析，重复而言，可看出法院在审判中运用的“法律知识”，并非没有争议，并非可作为“中立”的知识进而广泛地为他者接受。

四、实践法律知识的“立场”

提出上述“实践中”的法律知识“并非没有争议”，并非可作为“中立”的知识广泛地为他者接受，意味着什么?

一个思路，或许可逐渐清晰，即需要看到且深入理解上述“实践中”的法律知识的“实践立场”及“实践目的”。依然从上述案件审理本身进入。其中，至少可注意四个背景。

第一，如果判决被告人——莫兆军法官——“玩忽职守罪”成立，则日后，其他法官在民事诉讼中，便可能非常担心类似情形再次出现。实践中，当事人以“对方涉嫌犯罪”为由，要求法官调查，并且宣称自己冤枉，又以“极端形式”要求法官作出对自己有利的审理，可

能时常发生。这种情况下，其他法官鉴于“玩忽职守罪”的判决，为保护自己，会尽力采取各种方式放弃原来应进行的审判程序，如将自己独任审判的案件，以称其“复杂”的方式，提议交给合议庭，甚至审判委员会。即便合议庭，也完全可能为减少自己几个人的压力，尽力将案件提议交给审判委员会。因为，法官均知道，此时，“集体出面”是保护自己、减少风险的最好方式。而民事诉讼的独任审判、简易审判，均有可能因此而形同虚设。事实上，在上述案件审理过程中，作为被告人的法官的当地法院，其中一些法官，在该法官被捕后，便思考如何躲避独任审判、简易审判。[17] 这里，可清晰发现对法官的负面激励。对此背景，法院在审判“玩忽职守罪”是否成立时，势必需要考虑。

第二，负面激励不仅对法官存在，对某类当事人亦存在。如果当事人— —一般而言可能是被告— —发现，提出“对方涉嫌犯罪 ”等理由，可促使法官停止民事诉讼，转而调查刑事问题，或转而进入其他较复杂的程序，从而可使自己处于较有利的诉讼处境，则他们常会发觉此为“拖延审判”的较佳方案。故法院期待的审判效率，以及作为对方当事人— —一般而言可能是原告— —所期待的“及时审判 ”，便可能化作泡影。审判“玩忽职守罪”是否成立的法院，对此实践背景，同样不能忽略不计。

第三，与第二点相关，如果某类当事人基于“判决法官玩忽职守罪”的激励，不断在民事诉讼中提出“对方涉嫌犯罪 ”，则在法院看来，这极可能导致民事诉讼制度出现根本性的失灵。因为，所有民事诉讼均有可能因为“对方涉嫌犯罪”的主张，转入诸如刑事诉讼等其他法律程序。应注意，在判决“玩忽职守罪”是否成立时，法院的确提到：

如果在民事诉讼中，一方提出对方涉嫌犯罪，将其作为自己的抗辩理由，要求法官必须终止民事诉讼，将案件转入诸如刑事侦查等程序，则任何当事人均有可能运用“仅指称对方涉嫌犯罪”的方式或机会，要求终止民事诉讼；如此，民事诉讼制度完全可能瘫痪。[18]

第四，公诉意见指出，“因为具有较丰富的审判经验，被告人应在民事被告宣称自己被胁迫时，预见判决可能出现错误，进而预见可能出现不幸后果”。但站在法院角度，公诉意见等于对法官提出了不切实际甚至严厉苛刻的要求。民事诉讼中的法官，为此，将会感到巨大的精神压力，并且常会感到困惑迷惘，如“怎样预见”？[19]这对民事审判非常不利。审理“玩忽职守罪”是否成立的法院，对此背景，同样不能视而不见。

除上述四个背景，当然可提到，进而分析其他可能的背景。但上面四个背景及其分析，足以提示问题的关键：必须看到且深入理解“实践立场”“实践目的”所包含的意义。

凸显“实践立场”“实践目的”，意味着需传递这样一个信息：法律语境中，“立场”“目的”，总是针对某方或某一群体的利益愿望而言。此不仅对法律诉讼中的当事人来说颇为明确，而且对法律共同体内部的法律人来说亦可看到；尽管，此非必然。在法律共同体内部，因为职业分工，阶层团体性的“利益期待”的形成，在某些情况下不言而喻。当然，需要说明的，则是“利益”并不一定体现为社会物质资源的直接的份额占有，其也能体现为对自己的某一层面的“顺利”“便利”“成效”等隐性收益。

如果这样展开，在上述四个背景中，则可清晰发现法院作为群体的“利益期待”。第一个背景，说明法院担心判决的负面激励：因为法官担心承担责任，从而将本应适用的审判方式设法转变为其他审判方式，故法院可能面对内部压力集中（主要对审判委员会）的困境。第

二个背景，说明法院担心审判效率降低，效率降低，尽管首先是“公共效率”问题，但也部分包含法院自己“便利与否 ”的问题。第三个背景，至少说明法院担心面临不易处理的，因当事人不断提出“对方涉嫌犯罪”而引发的审判障碍，此障碍，又在冲抵法院自己的“便利”期待。第四个背景，说明法院不希望作为阶层内部成员的法官常面对巨大的精神压力，这种压力，和法院自己期待的“顺利”“便利”“成效”，同样相互矛盾。

自然，对上述展开的辨析，有人可能并不认同。有人可能指出，上述四个背景，实际上恰体现了审判“玩忽职守罪”是否成立的法院，对一般法官能“公正 ”“有效率 ”地审判案件的愿望，同时，亦体现了社会一般公众对法院的普遍要求，故未必应从“利益期待”的实践立场、实践目的的角度，揣测其中倾向。但从对立面，特别是在这一具体案件中公诉一方的角度深入讨论，依然且进一步可发现其中的确存在倾向问题。

公诉一方可认为，首先，民事诉讼中的当事人，特别是被告，并不一定都会由于这一判决而采用“宣称对方涉嫌犯罪”的策略。因为，其中总包含一定的遭遇公共权力制裁的风险。如果宣称对方涉嫌犯罪，而国家机构调动审查程序，审查结果是“诬告”等，则“宣称对方涉嫌犯罪”需付出沉重代价。其次，在独任审判和简易审判中，法官尽到自己谨慎职责，不会存在被定为“玩忽职守”行为的可能性。这里问题的关键，其一，在于国家完全可运用公共权力严厉地对付 “诬称对方涉嫌犯罪 ”，提高“诬称”的沉重成本；其二，法官完全可没有过多负担以尽职尽责，而何况要求具有丰富经验的法官在民事诉讼中尽职尽责，并非苛刻。故法院一方的“背景”考虑，无法回避被认为具有“倾向”的质疑。

其实，更深入的证据，在于判决作为被告人的法官“玩忽职守罪”不成立时，法院明显否定了“以自杀作为表征的民事诉讼中的被告群体”的利益。在此，事实上，法院表达了这样一个“立场”“目的”的含义：被告群体自己应具有必要的法律自我保护意识，否则，只能自己承担不利后果。判决书中，法院的确指出：

民事诉讼中的被告不行使法律赋予的各项权利，不向公安机关报案，在一审判决明显不利自己的情况下依然没有上诉、申诉，使判决结果进入执行程序，对此，被告自己负有明显的责任。[20]

显然可发现，针对“对方涉嫌犯罪”的问题，在公民自主救济和国家主动救济之间——如果提升，可说在这样两个同样重要、同样需重视的社会价值之间——法院实际上是在强调前者。而强调前者，我们再次可认为，不是纯粹“中立”的，“没有立场”，因为，对那些具有足够法律意识、且具有各种便利条件的当事人而言，它是有利的，且是有效的，反之，对那些缺乏必要的法律意识、且缺乏必要的便利条件的当事人而言，其未必有利、有效。这意味着，人们当然可反问，对那些非常贫困且文化水平极低的当事人来说，难道的确应主张“公民自主救济”，而不主张“国家主动救济”？

如果对照公诉一方的主张，可更为清晰地发现法院一方在上述两个重要社会价值选择问题上的“倾向”。公诉一方，在提出“不能僵化固守‘谁主张谁举证’，进而僵化固守自己民事审判者的角色”时，特别暗含了对应性的重要社会价值的选择：至少对某些缺乏法律资源支持的当事人而言，或对那些亟须法院提供法律帮助的社会群体而言，如其缺乏法律意识，甚至不主动想到“法律协助”，民事诉讼中的法官体现“国家主动救济”，依然非常必要；一味强调“公民自主救济”，实质上，等于忽略一类当事人或社会群体的需求，进一步，等于否定其重

要利益；如果措辞严厉，则其等于忘记“人民法官”中的“人民”修饰一词的根本要求。[21]

概言之，“谁主张谁举证”，其背后深层的“实践立场”“实践目的”的内容，实际上包含了自由主义政治观的程序正义主义。[22]而认为法院适当时主动调查证据，其背后深层的“实践立场”“实践目的”的内容，实际上包含了左翼民众政治观的实体正义主义。[23]

五、理论者思考的“法律实践知识”

在此，如果“实践中的法律知识”包含“实践立场”“实践目的”，则“理论中的法律知识”会怎样?

前文提到，法学样本中关于“民事诉讼证明责任”的“法律知识”，和上述案件中关于“民事诉讼证明责任”的“法律知识”，在“逻辑意向”“说理结构”“叙述机制”，甚至“关键词的使用”等方面，基本相同。其实，此已暗示，可以且必须在“相互对应”中挖掘、揭示“理论中的法律知识”的同样性质，即同样的“实践立场”“实践目的”。

首先，转换角色，设想——实际上是考察——法学知识者如何思考“实践问题”。

我们可设想，其不纯为思想试验，且其亦具有现实意图。因为，可发现许多法学理论研究者面对“实践问题”时，的确会提出观点和论证，在中国，当然包括在西方，均如此。而问题的关键，则是当提出观点和论证时，其讨论，尽管可能具有“学术话语”的包装、“知识精英”的外表，甚至还有“科学知识表达”的印迹，但“解决实践问题”的诉求，使其必须像法律实践者一样，具体说明如何解决“实践问题”。如当中国发生“刘涌案”、[24]“黄碟案”、[25]“孙志刚案”，[26]及前面讨论的“莫兆军案”等实践问题时，又如当美国发生“辛普森案”、[27]“总

统选票纠纷案”[28]等实践问题时，尽管众多学者展现了“学术”“知识”和“科学”的面相，但仍可清晰发现，其均有积极、具体的“解决实践问题”的意向，表达了如何解决实践问题的思考，且此为不可避免。[29]故这里，便逐渐通向了“实践立场”“实践目的”的道路。

更深入的问题关键，则是如果法学知识者积极表达了对“实践”的意见，则意见中，必然包含了“知识路向”。法学知识者不可能，亦不会，使自己对“实践”的意见和自己的“知识路向”发生矛盾，即使部分的不协调，或在表达对“实践”的意见时，不运用自己的“知识路向”（当然，有时会出现个别意外）。这个意义上，法学知识者的“知识路向”，实际上是自己对“实践”的意见的前提、基础，当然，亦为论证资源。故一个深层结构逐渐浮现出来：其“知识路向”和“实践立场”“实践目的”，存在着某种直接相通的关系。

当然不能认为，法学知识者在讨论“实践问题”时，本身即必然预先确立自己的“实践立场”“实践目的”，以“实践立场”“实践目的”作为出发点。但“实践问题”中的“对立性”“争议性”，使法学知识者，亦使作为前提、基础、论证资源的“知识路向”，无法逃避“实践立场”“实践目的”的选择。所谓“对立性”“争议性”，实际上是源于法律语境中的社会纠纷的基本特征。社会纠纷的存在，意味着利益的不同和矛盾，同时也意味着价值观念的不同和矛盾；而利益和价值观念的不同和矛盾，本身即为日常实践的组成部分。故法学知识者、“知识路向”支持一个实践观点，在较普遍的意义上，即为支持一个利益，或一个价值观念。法学知识者及这种“知识路向”，在此，至少外在地和一种“实践立场”“实践目的”出现“合谋”。

进一步，还需深入追究的是：如果集中于“知识路向”本身，则可发现，这种“知识”其实在逻辑上必然支撑着某一实践观点，进而支撑

着某一利益，或某一价值观念。因为，其能成为某一实践观点、利益、价值观念的有效的具体支持理由。

关于支持理由的问题，应看到，即使“在理论中 ”，理论思考又在呈现 “可辩性 ”。“可辩性 ”包含这样一个意思：知识可不断反思、对抗；故知识也需在反思、对抗中证明自己的正当性。严格说，任何知识均如此。而在法律理论中，因为法律、法学语境更为充满实践争议、更需务实（解决现实问题），故其也更为明显。因此，对法学理论，“知识路向”本身成为某一实践观点、利益、价值观念的有效的具体支持理由，不足为奇。

究其根本，可注意，在论证某一实践观点时，人们在一般性的社会观念— —如伦理、经济、文化的普遍性观念— —不能成为有效的直接依据之际，必然会依赖“说理性”的“知识路向 ”，以展现自己的“根据厚重 ”；而最需注意的，则是如果己方可提出“知识路向”的根据，而对方不能提出，则说服力及可信度，会向“可提出者”发生倾斜。故“知识路向”和实践观点的逻辑关联，根本无法忽略。在此进一步的结果，则是当人们认为一方可信时，也就默认了一方的某一利益或某一价值观念。

再看前面讨论的具体法学样本。

可发现，尽管此样本提出了“规律性”的意思，表达了“客观性”的欲望，但其也依然暗示，自己提出的诸如与民事诉讼证明责任相关的“法律知识 ”，具有实践意义；换言之，其是支持某个实践观点的。如该样本提到，这一知识有利于避免“影响法院的审判效率”。[30] 此外，该样本提出，这一知识具有如下几点价值：

1.有利于发挥当事人举证的主动性……诉讼中的任何一方当事人都不希望自己承担不利的诉讼结果，正是这种力求避免承担不利诉讼

结果的动机，推动着当事人在诉讼中积极地举证；

2.有利于使当事人对裁判中的事实负担起责任……因为如果把调查收集证据的责任置于法院，当事实真伪不明时，当事人就会指责法院未尽力收集证据，把自己败诉归咎于法院；

3.有利于实现法院在证明活动中的职能……如果证据材料不是由……当事人提出，而是由法院去收集和提出，就会破坏诉讼的基本构造，使法院在证明活动中处于当事人的地位；

4 .有利于防止滥行诉讼……防止当事人提出子虚乌有的“事实”。[31]

另外，该样本提出，如果放弃这一知识，则某些当事人便会故意提出某些实际上不存在，但又难以证明其不存在的事实，阻扰诉讼。[32]

而从宏观出发，该样本进一步分析了“国家主义”的证明责任和“当事人主义”的证明责任的历史变迁。针对历史中诸如苏联、东欧社会主义国家民事诉讼的价值倾向，该样本指出：

法院在一定情形下主动介入调查取证活动，既可以为那些在收集证据活动中遇到困难的当事人提供有效的帮助，使真正享有权利的当事人不会由于收集证据时遇到客观上的障碍而受到不利裁判，也有利于法院查明案件的真实情况。社会主义诉讼模式的伦理价值观也在其中得到了充分的体现。[33]

显然，通过样本的直接表达，可看到，前面提到的该法学样本的关于民事诉讼证明责任的“知识路向 ”，即关于“法院职责原理”的“法律知识 ”，背后勾连着重要的某种实践观点，或某种价值观念，直至某

种利益；其要么包含着自由主义政治观的程序正义主义，要么包含着左翼民众政治观的实体正义主义，而从其文本看，显然是前者。

如果联系前述案例样本，还能看到，其一，该法学样本所表达的上述“意义价值”，和前面一节所讨论的法院所表达的“背景考虑”，颇为类似；此从侧面印证其和实践意图存在必然性的逻辑连接。其二，更重要的，可看到，该法学样本所表达的关于民事诉讼证明责任的“知识路向”，在逻辑上，完全可成为前面讨论的法院一方的具体支持理由；并且，不能排除一种可能：正因为一类理论中的“法律知识”的传播，如通过法律教育、法学思想的被阅读，这种“知识路向”，成为实践活动中的话语意义的逻辑依据。这个意义上，结合前面一节分析的法院一方体现的支持一种“实践立场”“实践目的”，及一种价值观念和利益的结构机制，则可认定：这里提到的理论中的“知识路向”，亦在支持一种实践立场、实践目的及一种价值观念和利益。

六、实践者思考的“法学理论知识”

其次，转换角色，设想— —实际上是考察— —法律实践者如何思考“理论问题”。

某些情况下，法律实践者如法官、检察官，完全可较为“纯粹法学”地讨论法律问题，换言之，其某些讨论，可能和实践中的具体问题没有直接关系，如撰写理论性文章、著作，在法学期刊上发表学术性见解，而中国读者现在非常熟悉的美国法官波斯纳（Richard A. Posner）常撰写纯学术著述，或许是最明显的例子。在此，实践者的法学讨论，其功能既在于理论素养的培育、表达，又在于将司法实践中发现的具体问题予以提升，且加以理论化。

但特别重要的，第一，一般情况下，如果足够自觉，则法律实践者常期待将“理论问题”的思考结果变为日后实践活动的一个知识根据。尽管总会看到，一些法律实践者使用“理论大词”思考、撰写、讨论“理论问题 ”，[34] 似乎没有“具体实践”目的，但上述“期待”则更常见。因为，容易理解，法律共同体内部的职业分工，尤其是“法学理论工作者”和“法律实践工作者”的职业分工，要求后者必须自我有意识地时常将“理论”在“实践”的平台中加以展开，至少，主观上具有这样的自觉担当。故法律实践者的“理论问题”的思考，常需要甚至必须蛰伏在“日常实践”上。进一步，当法律实践者在解决具体法律实践问题时，“理论思考 ”，或通过具体法律案件的讨论，或通过判决书写作方式的直接论证，在“具体法律观点”上留下印记。这便有如在今天中国及西方司法实践中，我们常看到的。在此，概括说，一个重要结果则是，通过上述“期待 ”，理论化的“法律知识”被不断吸入法律实践者的意识之中。

第二，从第一点引申，被吸取的理论化的“法律知识 ”，势必需在逻辑上和法律实践者主张的“日常实践观点 ”，形成有效支持关系。在这里，一个筛选机制不能被忽略，即就日常实践看，在法律实践者意识中留下印记的，总是那些可利用的“法律知识 ”。众所周知，理论化的“法律知识”多种多样，而在思考、讨论中，法律实践者可推论、总结甚至想象许多理论化的“法律知识 ”。但前面一节提到的理论中的法律知识的“可辩性 ”，及法律知识本身的对立性，包括法律实践者可意识到的实践问题的可争论性，均会促使法律实践者，作出针对某种理论而来的“甄别选择 ”。这种“甄别选择”的具体结果，会随具体法律问题语境的变化而变化，随微观权力关系、具体需要策略的变化而变化，但“甄别选择 ”，本身亦会受“理论”和“日常实践观点 ”的逻辑关系的制约。换言之，从论证角度看，法律实践者不会选择对自己“日常实践观点”没有逻辑支持的“理论”。

第三，在思考“理论问题”时，法律实践者对法学工作者的“理论观点”进行思考、汲取、借用，是顺理成章的。这符合“思考的经济原则”，亦为法学工作者的“话语权威”发挥作用而导致的一个附带结果。但具有特殊性的，则是法律实践者在参照法学工作者的“理论观点”时，并不一定仅是模仿，其常会自觉或不自觉地，将日常实践中亲历性的“具体问题”的背景作为依据。如中国的司法实践机构，特别是基层的司法机构，在接受法学理论的训导——聆听法学家的讲学、阅读法学著作等——之际，常会有意或无意地，在自我法律实践的场景中，建立“思考”联系，展开对应考察，检试理论的可适用性。[35] 故法律实践者对 “理论问题 ”的思考，具有“实践反思性 ”，而非完全顺从规训。深入看，虽然像前面第一节提到的，有时可提到“理论指导实践 ”，法律实践者会接受法学理论的影响，但这以“可成为日常实践的逻辑支持的理由 ”作为前提。

第四，最重要的，同时也属于非常常识的，则是法律实践者思考的“理论问题 ”和法学工作者思考的“理论问题 ”，其知识的性质为一致。法律实践者，不会因为自己的职业角色，使自己的“理论思考”有别于法学工作者。法律实践者可能会具有较明显的实践动机，“实用地思考理论问题 ”，但进行理论思考时，其功能性的角色可暂时转化为特定的“法学工作者 ”。这也是为何我们时常可看到法律实践者写出学术性的理论著述，如论文、专著，并且感觉其为“法学工作者”的缘由所在。在此，可进一步传递的信息是：法律实践者头脑中的“理论知识”，不会因为职业角色的一定时空的差异，而仅属于法律实践者，其为法学知识者和法律实践者所共享。这一信息的深层含义是：法律实践者势必会“静悄悄”将日常实践中的一种实践观点，一种价值观念或利益，带入自己的“理论问题”思考，进一步，带入自己理论化的“法律知识”之中，因为，其总会展开受前述逻辑关系制约的 “甄别选择 ”工作；[36] 而法学知识者 “理论思考”的性质，从另一方面再次被暴露出来。

七、知识形态的家族类似

上面一节展开的分析，将法律实践者对“理论问题”的思考，和法学工作者的“理论问题”的思考，加以对照。其目的是说明它们的同质性，进而说明它们的“知识形态”的家族类似。

但还需提到另外一点：法律实践者的“理论思考 ”，不论从现实角度看，还是从历史角度看，实际上是法学工作者的“理论思考”的逻辑起点。这意味着，某种意义上，可将法学工作者的“理论思考”视为法律实践者的“理论思考”的进一步展开。

从现实角度看，富有争议的“法律问题”的一个特点，在于“解决过程常是一个论证的过程 ”。或可认为，一旦出现富有争议的“法律问题 ”，则意味着出现某种“论证需求 ”。当然，首先需澄清，没有人会否认法律作为秩序而存在时，人们之间的关系有时十分平静，每个人均自觉或不自觉地遵循“法律图标 ”，没有争议从而无须“论证 ”。但更关键的，则是当提到富有争议的“法律问题”出现时，人们实际上等于提到：“依照法律看 ”，不同观点、价值观念、利益出现冲突，故争议性的“问题”亦出现了。进一步，如果这类“问题”出现，并且法律的明确规定在人们看来不能直接适用，则法律意义上的“理论论证”便无法回避；人们势必要从“法律理论论证”的角度，阐述自己观点、价值观念、利益是正确的。[37]

为深入讨论，提到德沃金（Ronald Dworkin）的一个早期法律思想，颇为必要。在他看来，当出现富有争议的“法律问题”时，人们为论证自己的具体法律主张，需援引大量论证资源，其中，理论化的法律原理，是非常重要的论证资源。[38] 德沃金的思想暗含如下一个含义：法律论证的过程，实际上是不断增加理论化的法律理由的过程。为理解德沃金思想的这个含义，可回到前面提到的“作为被告人的法官‘玩忽职守罪 ’”案件的问题。该案审判中，公诉一方和法院一方，在

提出具体的法律规定作为直接依据时，并且在这些直接依据“势均力敌”时（见前第三节），均不得不提出理论化的法律理由，以进一步论证自己的法律主张。双方虽然另运用经验常识、社会情理等资源，但更着力运用的是法律原理。此清晰表明，德沃金思想含义的意思是：越试图“充分论证 ”，越依赖理论化的法律原理的不断援引。

但德沃金的思路中，更重要的一个目标是：不断用来论证法律主张的法律原理，可不断抽象化，而越抽象化，越可成为人们日常所说的“法律理论”的一个组成部分，甚至是颇为抽象化、一般化的 “法理学 ”的组成部分。[39] 这意味着，为利用 “法律论证 ”以证明自己的观点、价值观念、利益是正确的，另需要从若干角度，更重要的，从潜层到深层，从具体到一般，运用“法律原理”直至“法律理论 ”，展开推进。就此看，可理解为何德沃金说，“法理学是司法审判的一般部分 ”； [40] “在法理学和司法审判或其他法律实践之间，并不存在明确的界线”。[41]

现在，用德沃金自己青睐的例子— —里格斯诉帕尔玛（Riggsv. Palmer）案，以说明其更重要的目标。该案众所周知，其他美国学者 [42] 亦不厌其烦地讨论。案件中，一名法官 [43] 坚持认为，第一，谋杀被继承人的帕尔玛（Elmer Palmer）没有继承权；第二，虽然当时《遗嘱法》条文未提到“谋杀被继承人者丧失继承权 ”，但《遗嘱法》中存在隐含意思；第三，应看到法条的明文意思，亦应看到法条的隐含意思；第四，应注意以往法条和判例中的潜在法律原则，而其中之一，则是“不能因为过错而获得利益”。[44] 在这名法官的论证中，十分明显，不仅“不能因为过错而获得利益”的一般法律原理被利用，而且，“法律既包含明文意思又包含隐含意思”的法理学的一般原理，也被利用；就后者而言，其显然是在表达一个法律定义的外延、含义。当然，像现在中国学者普遍接受而德沃金曾着重论述的，还可提到，其中“法律原则是法律的一个组成部分”的法理学的一般原理，亦被利

用。可看出，在这名法官的论证中，两个法律原理，即“隐含法律是法律的组成部分”和“法律原则是法律的组成部分 ”，是不同角度的，而且，它们相对“不能因为过错而获得利益”的法律原理，较为深层、抽象、一般；而事实上，它们正是法理学理论中的一些重要观念。

如果进一步分析，则可认为，德沃金实质上提出了一个深刻问题：如果法理学的法律原理，包括法律理论，可成为司法主张的论证资源，那么，为何可认为这些法律原理及法律理论，是“描述性”（descriptive）的，进一步，认为其“中立 ”“客观”，或认为其是“客观知识”?

提到谋杀被继承人案中的法官推理，德沃金意在论证，所有法律原理，包括所有法律理论，均不纯粹是“描述性”的，进而“中立 ”“客观 ”，或为“客观知识 ”，因为，其亦内在地可被用以论证一个实践的法律主张，即论证一个关于“是否应当 ”的“实践立场 ”——“能否杀人取财 ”；更重要的，其是应对对立一方法律论证的手段。而审判谋杀被继承人案件的另外一名法官[45]——对立一方— —的法律推理，可十分简略地概括为：第一，帕尔玛可继承遗产，因为遗嘱法仅规定了遗嘱有效的条件，未提到谋杀被继承人的问题；第二，法律只能是明文规定；第三，法律原则是条文和判例的抽象结果，故不是法律的一部分；第四，依法判决，必须是指依据法律的正式文字。[46]该名法官的推理中，亦有法律原理及法律理论，如关于法律的定义— —法律是明文规定。在此，经过对比，显然无法断定前面一名法官的法律原理及法律理论，是“中立 ”“客观”的，属于“客观知识 ”，而后面一名法官不是。而更易为人接受的判断是：其为“实践立场”“实践目的”的论证、表达。

由此深入。

依照德沃金理论的思路，法学工作者的“法律知识”，以内在机制论，实际上完全可成为法律实践者的“法律知识”的深层“自我”。上述例子中，更抽象的论证的不断呈示，实为理论化的“论说”在实践化的“论说”平台中，论证实践问题的正误；换言之，“理论中的法律知识”，要求充当“实践中的法律知识”的逻辑内容，与后者融贯，巩固其立场选择。故从现实看，法学工作者的“理论思考”，是法律实践者的“理论思考”的进一步展开。

而从法学历史角度看，上面分析同样适用、成立。在较宏观的历史演变中，法学工作者的“法律知识”，事实上，总是法律实践者的“法律论证”在理论著述中的延续。

一般看，法学工作者习惯引用实践中的具体现实例子，以写作阐述。换言之，法学工作者的“知识讨论”，总是无法离开具体现实例子的支持而展开。但需敏锐觉察，此并非仅因为具体现实例子具有说明、提示的作用，可使理论容易被理解，效果较好；相反，主要因为只有在具体现实例子中，此类“知识讨论”才能表明自己准确的身份意义：为法律职业提供智识。这里意思是，实践化的法律原理表达，必然与现实中争议的具体法律问题相联系，而具体法律问题，自然是在人物、时间、地点、行动等要素构成的具体故事中产生的，具体故事的另外表述，便是具体现实例子；进一步，如前所述，实践化的法律原理表达在不断展开时，便是理论化的法律原理表达的一般展现，由此，法学工作者的“知识讨论”，在逻辑上无法离开法律的具体现实例子。因此，在颇为一般的法学历史图景中，同样可认定：法学工作者的理论操作，是现实中法律实践者的“法律说理”在学术话语运作中的延续。

作为暂时结论，这意味着，从法学知识起源的角度看，法学知识的提炼、概括，恰是在具有“地方性”“时间性”的具体法律实践场景中

提升完成的。正因为在“地方化 ”“时间化”的充满对立争议的实践场景中提炼、概况，不由自主、延续地推论，故其是“一方”的具体支持理由的一个“法学”体现。

八、法律知识的具体性与普适性

上面分析，并不否认，某些情况下人们会面对没有争议的一般法律问题，如公认的“民事违约 ”“刑事诈骗 ”，因而在此，无须提出什么理论化的“法律论证 ”。这些情况下，通常看，人们的确共同承认“依照法律这是必须给予处罚的 ”，进一步，认为只需适用明确的法律规定即已足够。但需注意，且人们也会承认的，则是其一，这类没有争议的一般法律问题，总是 “地方化 ”“历史化 ”的，即使特定的一个较大区域的，或特定的一段较长时间的；其二，这类没有争议的一般法律问题，一般而言，总是经过了漫长磨合— —准确说长期的温和争议——进而转化而来，因为，地域的广阔变化和历史的复杂变迁，总是可提供相反的例子，说明对“没有争议”的法律问题的具体个别的反叙事。[47]

此外，从另外角度看，上面分析，并不否认某些情况下某种法学知识具有一定的普适性，甚至相当普适性，可支持许多实践中的法律立场。但人们亦不得不承认，即使一定的普适性，甚至相当普适性，其也存在“实践立场”的类别差异，即法学知识总在支持一类“实践立场”。作为例子，可注意前面提到的“不能因为过错而获得利益 ”。其既可成为法律原理，也可成为法学知识，而且可认为具有一定的普适性，甚至相当普适性。但众所周知，且德沃金也曾细致分析，一些法律原理或法学知识，能与“不能因为过错而获得利益”相互“竞争 ”，后者并非排他的“绝对普适 ”；一定条件下，“不能因为过错而获得利益”，需让位。[48] 在此，所以需让位，恰缘于后者终究体现了一种实践需求。而一种实践需求，恰是由一种“实践立场 ”“实践目的”所推动

的；在一种“实践立场”“实践目的”的背后，恰是一种价值观念、利益。故严格说，没有时空的普适性并不存在，而且，一定的普适性，甚至相当普适性，也总是经过漫长磨合——同样准确说长期的温和争议，有时是激烈争议——进而转化而来。

这里，进一步结论则是，从法学知识的整体看，理论中的法律知识是历史、地方化的，故也是不断演变的，并非普适真理性的、本质的。如果再次不断回忆侵权中“过错原则”如何被“无过错原则”修正，“承担剥夺他人生命的责任”如何被“正当防卫”“依法执行死刑”修正，“恪守契约承诺”如何被“重大误解”“显失公平”修正，加之前面讨论的“不能因为过错而获得利益”如何可被另外的法律原理修正，及前述中作为主要分析对象的“当事人证明责任”如何可被“国家主动查证责任”修正……我们也就可以且不得不去深入理解这一结论。

九、理论中的法律知识的性质

现在，需提出一个颇有意思的问题：如果通过前面层层递进而又较复杂的分析，特别是通过在“理论中的法律知识”中设想——实际上是考察——法学工作者如何思考“实践问题”，及在“实践中的法律知识”中设想——实际上亦为考察——法律实践者如何思考“理论问题”，且将其中的“逻辑联系”“逻辑意义”予以揭示，将其中隐蔽的互通联系甚至同一性质予以暴露，则可获得什么洞见?

第一，可发觉“理论中的法律知识”，就性质而言，其实正是广义的“实践中的法律知识”。换言之，将“理论中的法律知识”视为相对法律实践而言的远距离的“实践中的法律知识”，更为贴切。这是关于知识定位的一个洞见。其实，上面一节分析，已暗示这个洞见。我们当然需承认，也如前面常提到的，“理论中的法律知识”，总是表现了和法律实践的某种“距离”，总是表现了“仅在知识意义上思索法律问

题”的某种自我收敛、自我谨慎的谱系；但这种知识，不是仅出于知识生产的智识需要，而不断自我重复，或不是仅出于智慧游戏的愉悦，而在表达自我，就像某些哲学命题的思考，如“宇宙的意义是什么”“存在可怎样定义”“语言为何是我们的存在场所”。就此而言，法律语境中，将“理论中法律知识”和“实践中法律知识”的对应关系转换为延展关系，将前者视为后者的就性质而言的逻辑扩展，更为真实。

第二，“理论中的法律知识”，其实不是一个科学化、中立化的知识系统；相反，其为一种或张扬或隐蔽的规范化（normative）、立场化的知识主张。这意味着，这种知识，要么明确地、要么潜在地宣扬“面对法律问题我们应当如何、需要如何”的规范命题。它有时的确表达“这是什么”，故似乎是表达事实命题，但其总在支撑、论证“应当如何”“需要如何”。即使有时可看到某些法学文本提出“这种法律现象就是这么回事，事实如此”，其中，也依然蕴含着“既然是这么回事，事实如此，则应如何”的规范企图。

在这里，可再举一例。众所周知，实证主义法学和历史主义法学均曾提出“法律实际上是什么”的事实命题，如“法律是主权者的命令”“法律是长期历史化的民族精神的表达，并不一定是立法者的文字规定”。我们完全可设想，当出现“法律问题”时，尤其当人们之间发生激烈争议时，“什么可成为解决法律问题的法律依据”这一问题，在这样两个事实命题之间，便会成为严峻的规范问题：当认为“法律是主权者的命令”时，势必会主张依据主权者的命令，排斥表达民族精神的习惯法，以解决“法律问题”；相反，当认为“法律是长期历史化的民族精神的表达，并不一定是立法者的文字规定”时，势必会主张不能仅依据主权者的命令，势必会主张另外还需考虑表达民族精神的习惯法，甚至后者更重要，以解决“法律问题”。故将“理论中的法律知识”视为科学、中立的知识，实际上，遮掩了其中人们根本不能忽略的规范、立场的政治机制。此为另一个洞见。

第三，在“理论中的法律知识”里，应看到各种知识的“平等性 ”“竞争性 ”。当一种“理论中的法律知识”成为权威，或享有“霸权”时，尤其是宣称自己是或被他者认为是“科学 ”“中立 ”的权威，进而享有“不可置疑”的 “霸权 ”时，应警惕其可能恰在吞噬其他知识存在的权利。更重要的，则是这种吞噬，完全可能通过“一个知识权威压抑其他未被认为是权威的知识”的方式，消灭实践中另外法律主张的需求、愿望、期待。因为，前面已反复提到且论证，学术知识，可成为法律主张的具体支持理由。人们当然会在某个时刻、某一场合，达成一定的共识，从而普遍认可一类法律知识，但这类法律知识，并不因此便超越那个时刻、那个场合，而成为没有时空限制的普适知识；更值得反思的，恰是就在那个时刻、那个场合，其也在压抑他者的需求、愿望、期待，因为，即使某些人成为少数时，他们也会坚持“少数人的权利”以抵抗，这种抵抗，也未必就没有任何理由。[49] 这个意义上，强调“理论中的法律知识”的“平等性 ”“竞争性 ”，等于在强调“实践中的法律知识”的平等性、竞争性，进一步，强调社会广泛意义的主体权利的平等性和竞争性。这是第三个洞见。

第四，如果“理论中的法律知识”具有上述性质、特点，则这种知识的生产者，便应意识到法学的学术操作，实质上可认为是对法律实践的间接、迂回、侧面的参与，其过程，甚至可认为是法律实践的延展部分；更重要的，则是如果我们特别严肃地思考这里的问题，则其过程可直接认为“本身就是法律实践 ”。在此，同样如前面提到的，将理论和实践的关系，视为“提升 ”“指导 ”，直至“镶嵌 ”（当然是人为“镶嵌 ”），都不是十分恰当准确的；相反，认为这种关系是“内在 ”“互含 ”“不分彼此 ”，则是更适当。从这里出发，法学学者，也就需要时刻反思自己的学术立场、学术产品的真实意义，甚至需时刻调整自己的学术立场，包括学术目的，当然主要是学术产品的方向；因为，其中隐含了实践立场、实践目的。于是，法学工作者和法律实践

者的边界，也就需要重新“调整”；法学学者的实践主体性的自觉，也就需要提到“法学生产”的议事日程。这是第四个洞见。

十、本书叙事的知识定位

1984年，在耶路撒冷的一次国际法学学术会议上，西方一些重要法学家曾讨论“理论中的法律知识”和“实践中的法律知识”的关系，而且，主要是就法理学的一般问题而展开。[50]这次会议中，哈特（H.L.A. Hart）的理论和德沃金的理论成为主要对立两方。当然，另外一位重要学者——加维森（Ruth Gavison）——作为哈特的重要支持者，也表达了意见。

哈特认为，作为描述性的一般法学知识，是可以存在的，而且应当存在。因为，在设定法律实践的立场、目的时，首先应清晰地在一般意义上知道法律的大致特征、表现方式、存在形态。[51]换言之，法学知识并不必然地需贴上“规范性”的标签。他说：

一个事实是，人们一直需要某种形式的描述性的、一般意义上的法律理论或法理学，其中所表达的观念，并非法官在决定“什么是法律”“法律在具体案件中要求什么”时所表达的观念，而是某种社会制度的外在观察者的观念……[52]

这种对法律实践和法律范式的粗略的特征描述（指德沃金的理论描述——本书作者注），不足以回答一些重要问题，那些总是因法律的存在而产生的重要问题，那些不属于道德论证或政治论证范畴，但涉及宪法结构和法律现象关系的问题。回答这些重要问题，对于理解法律，至关重要。[53]

德沃金认为，法学知识作为学术命题，无论具体的还是抽象的，即使试图运用描述性的方式加以说明、论述，在说明论证之际，其也

无法从根本上躲避“规范性”的问题。[54] 这里表达了一个思想：描述过程，实质上也是表达“规范”欲望的过程。他指出：

传统理论是错误的……因为，它们没有理解法律命题（实践者的关于“什么是法律”的命题— —本书作者注）亦在表达“解释性”的主张，而且，没有理解任何有用的针对法律命题真实条件的说明（即法律理论的说明 ——本书作者注），注定是规范性的，而非简单描述性的。[55]

在此，德沃金实际上表达了前面第七节提到的法律理论被推出以论证审判的观念。

加维森认同哈特理论，亦类似表达了法学知识的描述性的存在。她认为，正如大多数法律学者承认的，作为科学知识的一类探讨，法学理论或法学知识，可成为客观性、观察性的。[56] 她补充指出：

如果我们试图提供一个恰当的法律分析，则价值中立的法律理论观念，既是可能的，也是有用的，甚至不可缺少。[57]

可看出，对法学理论的使命和作用而言，两方对立观点的成立与否，十分重要。因为，可清晰发觉，如果哈特、加维森的理论成立，则以往法学知识的具有强大传统的各种努力均应获得认可，即使它们的观点、思路、论据，存在极大差异（如就法律的基本定义而言，有的认为，“法官所说的就是法律”；有的认为，“主权者的命令就是法律”；有的认为，“自然法和符合自然法的实在法就是法律”……）；进一步，问题仅在于，如何在辨析、剖解各种努力的“成功之处”和“失败之处”时，推进对法律的客观认识。与此相反，如果德沃金的理论成立，则以往法学知识的各种努力，均可能付之东流，因为，它们的基本方向存在错误，它们均在假定可从一种“客观”的角度考察法律现象，且假定在考察时，可没有“价值”“立场”的干预。这意味

着，以往一切法学学术思考，在根基上均要推倒重来。[58] 因此，哈特、加维森与德沃金的争论，是有意义的，而且非常重要，根本不能置若罔闻。[59] 本书赞同德沃金的基本思路。

但在本书看，其讨论亦存在某些盲点，或这样说，其未细致深入分析其中存在的某些中心问题。第一，其未细致深入分析，法学学术中的论证理由，在何种意义上，可成为法律实践中的"具体法律问题"的"具体"依据？[60] 第二，其未辨析，法律实践者的具体法律推论，在何种意义上，可扩展为法学理论的学术展现？第三，较具体的法律理论和较抽象的法律理论，当"根植""生发"于法律实践中，或和法律实践不分彼此时，究竟如何逻辑地联系在一起？第四，其未考察，法学知识的社会意义上的"前结构"，究竟怎样形成？其实，可能恰因为这种"前结构"的存在，故法学知识的"实践参与性质"，成为不可避免。第五，其的确忽略了"没有争议的法律问题"的问题。

因此，推进德沃金的讨论，包括推进其和对立观点的争论空间的理解，并且将所有这些在许多法律理论的话语实践中加以反复澄清，进一步，揭示问题的更深层次，有其必要，亦为本书的努力方向。在我看，只有这样，似乎才能在更有意义的层面上，理解这场学术争论及其给法学理论带来的重要价值；当然，最主要的，则是只有这样，才能深入理解"法律知识"的性质，及这种理解可带来的其他法学思考的路径开拓。

十一、本书的思路

本书在思考路线、论题范围、结构框架、方法运用等方面，将做怎样安排？

就思考路线而言，首先，为了分析阐述的“经济原则”，在辨明理论中的法律知识和实践中的法律知识的关系时，本书将主要以较抽象的法律知识作为研究范例。集中于较抽象的法律知识，不意味着较具体的法律知识不重要，或不易分析。所以采取如此路径进入，因为，较抽象的法律知识，对于全书分析阐述的主题而言，是较难把握的，且相对较具体的法律知识来说，更具有分析难度。在前面讨论的“民事诉讼证明责任”这一较具体的法律知识中，可较为轻松地发现问题，但在较抽象的如法律历史学和法理学的一般判断中，这便较困难。此处，暗示这样一个意思：如果能将理论中较抽象的法律知识的问题剖解清楚，则理论中较具体的法律知识的理解，及它们— —包括理论中较抽象的和较具体的法律知识— —和实践中法律知识关系的理解，均将比较顺利，甚至更轻松自如。如同前面提到的关于“民事诉讼证明责任”的具体法学样本和具体审判样本所表明的，至少可注意一个基本事实：法律实践中，实践者运用理论中较具体的法律知识，几乎随处可见；相反，较抽象的法律知识，则是较难发现，对于那些最基本、抽象的法律知识，如法律的基本性质的知识，便更不易“发现”。较抽象的法律知识，及最基本、抽象的法律知识，总是以隐蔽的方式，潜在地在法律实践者的行动中“游荡”。

这意味着，直接进入较具体的法律知识，尽管显然是方便的，但也恰因为“方便”，在直接进入较具体的法律知识后，对于较抽象的法律知识，还需另外的论证努力；而必不可少的另外接续努力，又不甚符合学术生产的“经济原则”。

更重要的，则是如果可成功将理论中较抽象的法律知识和实践中同类法律知识的关系分辨清晰，则或许可更为彻底地把握理论中全部法律知识和实践中全部法律知识的关系。因为，一定意义上，较抽象的法律知识，总是较具体的法律知识的“根据”“基础”；或这样说，一定意义上，较具体的法律知识，可从特定的较抽象的法律知识之中推

演出来。对“根据”“基础”，或“推演出来”等意思而言，可注意一个简单例子：“法律具有可预测性”，作为一个法律知识，是以相对较抽象的“法律具有明确性”这一法律知识作为“根据”“基础”；反之，从“法律具有明确性”，可推演出相对较具体的“法律具有可预测性”；因为，只有“明确”，才能提到“可预测”，前者是后者的前提。法律知识，一般而言，总是具有这样的“阶梯递进”关系。

当然，必要时，本书也将讨论较具体的法律知识作为一个补充。

其次，在“理论中的法律知识”和“实践中的法律知识”之间，本书将特别集中于前者展开讨论。所以如此，非常简单，因为正如前面各节不断分析推进的，本书主题恰是论证法学知识本身的真实性质，及法学学者的实际甚至应有的“实践定位”。此外，也如前面各节分析揭示的，如果能将“理论中法律知识”内部的实践特征予以凸显，则“理论中法律知识”和“实践中法律知识”的关系，也就可顺利地被梳理清晰。如此操作，当然不意味着，“实践中法律知识”仅是陪衬，或反衬；相反，其是作为一个含蓄但又重要的背景因素来做叙述支撑的。

再次，在后面各章，以导论前面的分析作为起点，本书将不断从若干角度，将“理论中的法律知识”和“实践中的法律知识”两者关系的辨析，推向法学家和法律家的角色关系的辨析。如此，目的在于，将法学、法律中的问题，从知识系谱学的领域转入知识社会学的领域。换言之，在追究理论中法律知识的机制和隐蔽性质的同时，必须由此进入知识生产者的社会角色的深层结构的解析。本书将始终贯彻这一宗旨。本书的确认为，法学知识生产者，因为法律语境是独特的，故应当甚至必须对自我的“社会分工”有所反省。其实，需强调的，则是在不断地将分析推向法学家和法律家的角色关系的辨析时，本身就是不断反省的自觉。

最后，本书将以中国的法学理论和法律实践作为视域焦点，后从“中国问题”走进“世界问题”，以逐渐较普遍地分析问题。采用如此步骤，其目的主要是出于这样一种考虑：“中国问题”，对中国学术界而言，是更熟悉的，故也更易理解；进一步，其也更易将本书的分析讨论演变成为更方便的“中国”的广泛分析讨论，从而在可能时，使之进入世界的学术语境。在此，本书不认为中国的“法律问题”，必定是“中国的”；本书相信且将论证，“中国”的法律问题，亦可成为普遍性的世界法律问题。提到这点，不仅因为中国法律问题和世界法律问题有着类似之处，更重要的，是近现代开始，由于“世界流通”式的法律运动，中国和世界已相互交融、难分彼此，而中国法律问题，由此，对中国学者而言，不可避免地成为理解普遍性的“包含世界含义”的法律问题的一个必要窗口，需顺此展开；同时，也如人们常理解的，我们关注普遍性的世界法律问题，亦因为我们首先关心中国法律问题，后者就像“无形的手”，控制我们对普遍性的思考。

十二、本书的论题范围、结构框架、方法运用

就论题范围而言，本书将主要讨论这样一些问题：

第一，法学“科学主义”的主要困境是什么？此论题涉及的主要意思是：是否存在客观、中立的法学知识，或怎样看待法学知识的“科学性”才恰当，及由此出发，是否能够将法学知识看作法律实践的组成部分？

第二，在法学理论和法律实践的互动中，法学知识如何可呈现一些“全球意义”？讨论“全球意义”，意味着，在法律实践孕育中有些法学知识并非是纯粹“地方性”的。

第三，一个地方的法学理论怎样才会在其他地方中呈现“知识讨论”的意义；尤其是在法律实践的背景涌动中，法学知识的迁移机制是怎样的？讨论迁移机制，意味着一定程度上，又需承认法学知识的“地方性 ”，及由此而来的“互通性 ”；当然，同时也意味着— —这是最重要的— —应在法律实践的自我觉醒中洞悉“知识讨论”的条件。

第四，当一种理论中法律知识和一种实践中法律知识特别明显地交织在一起、不分彼此时，其背后，是怎样存在着严峻的社会政治问题的？讨论知识背后的社会政治，意味着，将法学知识的分析推入政治议事日程的实践斟酌的思考框架之中；也意味着，对某些法学知识而言，可能特别需从启动一类政治机制的制度建设角度，以分辨其中的知识意义及知识价值。

第五，从近代化或现代化的角度看，一类随之而产生的法学知识，是怎样在裹挟“现代性 ”意识形态的同时，协助 “现代性”意识形态持续发展的？引入“现代性”问题，意味着，法学知识特别需在近现代的语境中加以知识考古学式地审视，因为，今天的法学知识，特别和近现代法律、法学的历史变迁，存在必须仔细拿捏的根本联系；另外，也意味着，应当反思卷入“现代性”意识形态的法学知识的当代状况。

第六，随现代法学知识在细节上的自我膨胀，法律实践中的制度框架，是怎样在细节上不断“复杂化”的？讨论两者在细节上的“膨胀 ”“复杂 ”，意味着，应考察现代法学知识和现代法律制度背后隐藏的“资本成本”正当性的问题；又意味着，应考察现代法学知识的“实践角色 ”，怎样通过“专业化 ”“职业化”的路径，在论证“需要资本支持”的同时纵容现代法律制度的“政治偏好”— —支持资本阶层。

第七，法学家和法律家，怎样可有机地在一个独特意义上实现“角色融合 ”？及法学家究竟在何种意义上应成为法律家？这一讨论，目

的是在不断凸显“法律是务实的”这一品格的同时，不断追究法学家的角色定位，及作为法学知识主要代码的法学文本的社会定位。

上述论题范围的界定，表达了本书思路的核心所在，即仔细分析、考察理论中法律知识和实践中的法律知识，究竟如何在时间、空间两个向度上，复杂地表达自我。其界定，亦表达了本书叙述的目的所在，即从不同层面上，循序渐进地阐发、论证本书的基本思想。

基于此，在基本内容的安排上，或说在结构框架上，本书第一章以中国当代的法学“科学主义”作为轴线，从法学知识较为抽象的部分进入，分析法学知识的“科学 ”“中立”的主张所面临的各种问题；以此作为基础，阐明、论证法学知识的内在的实践性质，同时，主张法学知识应成为实践能动性、积极参与性的，而在中国，这可能尤其需要展望。

第二章，从当代中国回溯至近现代中国，以近现代中国的一类法学知识— —法理知识— —生产作为主要对象，依据历史资料，特别是以点带面，分析近现代中国法学知识如何在呈现“中西二元对立 ”“中国接受西方 ”“中国拒斥西方”的同时，又呈现一种“世界意义 ”，亦即成为世界法学的一个组成部分；此外，这一章，分析其中作为法学知识生产者的个人化的“法律实践”所发挥的实质作用，及“实践中法律知识”所具有的实质功能。

第三章，从近现代中国再推进至当代中国，以20世纪80年代后的西方法学理论的“中国表达”作为主题，分析西方法学理论和中国法学理论的互动关系，及背后的法律实践实际上且应当所具有的作用；尤其着重分析，具体的法律实践场景的演化，如何可成为域外法学理论实现“中国进入”的真实条件。

第四章，将法学界甚至一般学术界反复讨论的“法律移植理论 ”作为特殊的知识样本，分析其中必须予以反思的 “历史主义 ”，及这一主义存在的主客观条件。之后，这一章，将引入“关于法律移植的社会共识”的概念，进一步提出，解决“法律移植 ”问题的关键在于谨慎地搭建民主对话的政治机制；并且提出，只有如此，即应认真地对待民主对话的政治机制，才能化解因“法律移植”失败而引发的社会政治责任的危机。

第五章，分析与“法律移植”主题相关的“现代性观念和现代法治”的话语传播问题。这一章，分析“现代性观念 ”“现代法治”的历史渊源，追溯其中知识谱系及社会政治法律的历史动力，并且，分析它们如何在中国及世界其他地方发挥话语作用，从而推进法律制度的“今天现代性”的发展。这章尝试论证，在推进现代法治建设的同时，应反思其中历史渊源所带来的当代负值的面相，及中国的法律实践对现代法学知识的真实需求。

第六章，在剖解法学、法律的“现代性”的基础上，以“法律制度应复杂化”的法学知识话语作为分析对象，当然，结合一个重要的理论文本——《简约法律的力量》，[61] 以细致分析现代法学知识引发的“法制帝国主义”的深层问题：法制建设及法制运作，其“资本成本”的正当性。

第七章，作为略带结论性的总体分析，以另外一个重要法学理论文本——《送法下乡》[62]——作为主要论域，分析当代中国法学知识在“推进现代性”和“反抗现代性”的两极对立中，如何可自我协调。当然，这一章，特别分析了法学家与法律家的关系，其和理论中法律知识与实践中法律知识的关系，它们实际及应当所具有的关联。

另需补充的，则是通过上述七章不同、但又相互联系的分析，本书在尝试深入讨论本书主题的同时，亦在希望以本书主题思想的论证

为契机，反向推进各章自我所具有的其他方向上的主题思考，以纵深方式，走进其他法学问题的思考领域。

就方法运用而言，与论题范围和结构框架相互呼应，本书以辩证唯物主义、历史唯物主义作为基本的指导思想，具体运用知识社会学的工具，且运用将定性分析和个案研究相互结合起来的方法，展开本书的全部内容。具体说，本书在导论及各章的论述中，特别注意“法学知识”的社会建构这一要义，从社会实践的要素角度，透视“法学知识”的实践性质，且以此作为基本的叙事方法；此外，本书在导论和下面开始的第一章中，进行总体的定性分析，然后，在后续各章中，通过针对相互联系的若干法学知识理论而展开的个案研究，将定性分析不断贯穿其中；最后，在结尾一章，本书在主要进行学术文本的个案研究的同时，再次尝试提升本书的定性分析。

十三、一个提示

前面，导论从一个具体的法学样本出发，且联系一个具体的法律实践样本，通过逐步的论证、说明，较详细地阐发了本书的基本思想，及针对以往相关研究而言的知识定位，同时，解释了本书的相关安排。我希望，这是为后面各章讨论所准备的一个较易为阅读者接受的叙述准备……

马克思（Karl Marx）曾指出：“无论是政治的立法或市民的立法，都只能表明和记载经济关系的要求而已。”[63]如果允许套用上述马克思的语言表述结构，在我看，就本书思想而言，可这样提出一个中心命题：无论是“实践中的法律知识”或“理论中的法律知识”，都只能表明和记载社会政治经济关系的要求而已。

第一章　法学“科学主义”在中国——法学知识如何成为法律实践的组成部分

……所谓科学的中立的想法只是一种虚构，而且是一种蓄意的虚构……社会科学必然要在政治斗争中有所偏倚。[64]

在任何情况下，知识分子都该为人所听闻，实际上应该激起辩论，可能的话更要挑起争议。[65]

一、问题、思路和限定

第一章，讨论中国的法学“科学主义”。当然，讨论亦会逐步推向较普遍性的问题，这意味着，这一章，将不仅限于中国的法学“科学主义”。

从中国的法学“科学主义”进入，并集中讨论，因为20世纪80年代以来，中国法学界的学术努力之一，即在基本层面上将法学知识[66]变为“科学知识”；而且，这种努力仍在持续。以研究性词汇使用论，中国法学学者颇为青睐“科学”一词，并使其享有普遍、基础的预设意义。在各阶段，若打开各类法学文本，则可轻松发现，“科学”意识化的修辞使用随处可见。[67]

以现有中国法学语境看，“科学”包含“客观”“准确”“反映规律”“指涉真理”“中立”，乃至“知识分子独立精神”等含义；并且，这些含义时而相互联系。如一部刑法学术著作指出，刑法作为一门科学诞生，以实然性作为基础；对相当范围内现实事物的客观规律，科学性

要求理论命题作出揭示与概括；有独立学术品格的法学家，应超越法律，揭示隐藏在法背后的规律性内容。[68] 而一篇论文提出，法学学术应具有独立的特性和理性，应是一门科学；并且学人要有自己的学术品格。[69] 显然，如果法学知识的确变为一类科学知识，则对中国法学而言，“成熟”“自在自为”的独立学科特质，便可内化于法学理论。

上述中国法学中的“科学式”努力，在过去几十年，是从两个向度展开的。其一，在一类意识形态的宏观指引下，将法学知识变为“一般指引（指意识形态）与个别研究”彼此关系中的具体“个别研究”。在此，法学知识称作“科学知识”，除意识形态内容的宏观普遍的指引外，主要缘于具体“个别研究”的实证分析运作。[70] 其二，希望摆脱某类意识形态内容的指引，试图直面社会中存在的各类法律现象，[71] 将法学知识视为有关社会法律实践的一类“不被有色眼镜过滤”的精确图解，并且，使法学知识成为客观、中立的。第二个向度意味着，法学知识称作“科学知识”，仅在于其本身的观察、论述及分析的客观中立。[72]

上述不同向度上展开的两类“科学式”努力，既存在区别，又存在相同。区别，是就某类意识形态内容“产生一般性影响”而言；应认为，在今天，其已日益显得并非十分重要。相同，是就两者均以为对社会各类法律现象这一广义文本的实证分析研究可拥有“科学资格”而言；[73] 相对来说，此非常重要。本章不讨论某类意识形态内容的“一般性指引”，其与本章主旨关系甚微。本章将深入研究、分析两类“科学式”努力的相同，即一种观念——相信对社会各类法律现象进行实证分析研究可获得“法律科学知识”。[74]

本章，尝试从历时和共时两个方面，[75] 分析“法学科学性”观念的理论困境。通过阐述，本章将论证一个观点：具有普遍意义的所谓“科

学”的法学知识，难以存在；法学知识不可能成为法律现象的精确图解，即使是近似；法学知识，如法律现象本身一样，是特定历史语境中的产物，其可以而且只能，甚至应该成为社会法律实践中的一个组成部分，从而无法自身独立。

当然，首先应说明，提出“法学知识无法成为普遍、客观、精确的知识”，即便不是“老生常谈”，也属于“老调重弹”，[76]但提出“法学知识实际上是法律实践中的一个组成部分”，则是极为鲜见。而且，本章观点暗示，提到“法学知识无法成为普遍、客观、精确的知识”，及提到“法学知识实际上是法律实践中的一个组成部分”，两者之间，存在重要的逻辑通道。前者纵深推进— —当然是方向之一 ——即为后者的自然浮现。本章将提供一种可能较为独特的论证进路，说明这点。此论证进路的根本要点— —集中于本章第五部分— —在于将法律实践中“法律”一词及其他如“宪法 ”“刑法 ”“民法 ”……词汇的“探讨性”使用（后文对此做详细解释），予以凸现；并且由此，且以此作为根基，将法学知识谱系和实践中法律知识[77]谱系并置起来，使两者在重要意义上，呈现为同一事物的同一方面。[78]同时，本章将某些其他论证要点（相对而言非根本性的），最终嫁接于这一根本要点，进而，从其他方面，展现渐次深入的论说。

另外应说明，在通称的社会科学中，“科学”一词使用已成为惯例，并且，“科学”语汇使用及“科学意识形态”运作的成效，在除法学以外的其他社会科学学科中，[79]是本书作者现有知识、分析能力所不能把握的；故本章论证，仅限于法学与法律的语境。毫无疑问，社会科学各科之间可能存在共性，但本书作者的确认为，且将深入分析论证，法学知识的独特根基与秉性，极可能使其与其他社会科学学科无法分享“科学”的荣誉，除非，对“科学 ”一词做出另外界定，如“仅进行精湛的理论分析即为科学 ”。本章无意攻击社会科学学术中“科

学”一词的有益使用。本章目的，仅在于瓦解法学语境中的“科学主义”。[80]

当然，分析论证“科学式法学知识”观念的困境后，本章将进一步指出，法学知识的道路，其真正作用究竟如何，及抛弃法学“科学主义”，将会导致怎样的社会法律实践的积极意义。

二、“科学式”历时法学的研究对象

以今天较普遍接受的法学范式（paradigm）看，法学知识，可分为历时性法学和共时性法学。历时性法学，是针对“研究过去时序中存在的法律现象的学术运作”而言的；共时性法学，通常来说，是针对“研究任何时序— —主要是当下— —中存在的所有法律现象及其共性的学术运作”而言的。前者，常表现在如“法律史 ”“历史法律现象个案分析”的学科言述中；[81]而后者，则一般表现在法理学、宪法学、民法学、刑法学等具有某种阶梯表象的分门别类的，或如“现存法律现象个案研究”的学科言述中。当然，“历时”与“共时 ”，是就学科研究的时空及对象的学术模式而言。在实际存在的“法律史 ”“法理学 ”“宪法学 ”“刑法学 ”“民法学 ”“法律现象个案研究”等学术文本中，均能发现，“历时”与“共时”两种模式彼此共存。[82]

本章将首先讨论历时性法学。这一节，集中其中“研究对象 ”的问题；下一节转向其中“研究主体本身遭遇限制”的问题。当然，应认为，两者是相互联系的。

从“研究对象”的问题看，第一，在历时性法学中，人们常会发现一个涉及根本性“争议”的困难问题：哪些或哪类被称为“法律现象 ”，或具体说，如“宪法现象 ”“刑法现象 ”“民法现象”的个体，可归入研究对象之中？从任何角度，均可提出一个疑问：当被称为法律现象的个

体已浩如烟海（假定对“何为法律现象”没有争议），乃至无法全部归入研究对象系列时，而且，当所有历时性的法学文本均在特定而有限度的描述空间中展开，具有特定论题时，在某一历时性法学的研究文本中，为何某些、某类法律现象个体，具有被陈述的“合法”资格，而另一些、另类却被剥夺?

人们当然可指出，某些、某类法律现象个体所以具有被陈述的合法资格，因为，相对来说，其本身重要。但如果指出其本身重要，则会进一步遭遇疑问：根据何种理由或依据，称其本身具有重要性？理由或依据，由谁提出（称某物某事“本身具有重要性 ”时，其实正是有人在作出陈述）？为何“某人”或“某群体 ”，其所提出的理由或依据具有权威性？如果认为，权威由普遍群体来认可，同时，权威的依据由普遍群体来制定，则必将面对另外的追问：“普遍群体”是指哪些学术主体，在何种意义上，其被称为“普遍群体 ”？显然，可认为并提出，从事学术研究的主体是众多的，尤其在打开具体时空的条件下，学术研究主体的数量谱系是开放的；而且，学术研究主体之间总会出现不同的意见。故“普遍群体”的概念界定，难以具有根据。

同时，如果考察历史时序中不断展现的历时性法学文本，可发现，这些文本，常赋予不同法律现象个体以不同的重要性，甚至“合法”资格的有与无。如民国时期的中国法律史文本，其中有些，便认为清朝乾隆年间祝庆祺、鲍书芸等编撰的《刑案汇览》[83]中所表现出来的“法律现象”，颇为重要。[84]而20世纪80年代，中国法律史的研究性文本，通常并不认为《刑案汇览》中的“法律现象”多么重要，其更多关注条文、章典文字性的法律制度。与此相反，以往一段时期，许多中国法律史文本并不关注中国古代官府法律裁判与民间自我息讼的相互关系，而在近年，众所周知，相当一些中国法律史文本开始对其注意。类似的，则是明清时期的大量民间笔记所记载的“法律活动 ”，在相当一段时期内，没有引起当代中国法律史文本的足够兴趣（当

然，笔记中也有一些“法律活动”被某些《古代案例选》之类的文本所记录，[85] 但很难认为这些记录是法学研究性的法律史学术文本），仅在20世纪90年代后，才被这些法律史文本集中系统研究。[86]

这意味着，历史的变迁，总在导致这里提到的“重要性”的变迁。历史上某一时期的学术主体，的确没有且也不会被前一时期的学术主体对“重要性”的认定所束缚，正如现在的学术主体，没有且也不会被此前的学术主体的认定所束缚一样。就此而言，是否可认为，“重要性”的意识因人而异？如果可以，则如何进而断定某人的“重要性”意识的确重要，而他者是次要的？不仅如此，从另一方向，还可追问，何为“重要性”的含义？重要意义是从何种角度而言的……[87]

可觉察，上述追问可不断展开，而且，方向总会导向怀疑性的道路。如此，的确有理由怀疑某一法律现象个体被赋予“陈述资格”的所谓的“客观性”“准确性”。[88]

尤为重要的，在于还能提出更前提性的疑问：为何一些、一类个体被称为“法律现象”，或“宪法现象”“刑法现象”“民法现象”等，[89] 另外一些、一类个体不行？这方面的困难，要比前面阐述的困难，更严重、根本。

这样来问：划分“是否属于法律（宪法、刑法、民法……）现象”的标准是什么？如果认为标准是“法律（宪法、刑法、民法……）的概念”，则被使用的某一“概念”为何具有权威？如果认为某一概念的权威来自某一专家的权威意见，则为何这一专家的意见具有权威性？假定认为，不论概念本身的权威，还是专家的权威，均来自普遍群体的普遍认可，则又能根据何种方法、何种统计数据，认为古今中外的“普遍群体”表现了这样的普遍认可？[90]

过去历史主体对“法律（宪法、刑法、民法… …）的概念”，可能具有不同观点，今人认为“属于法律”，在过去历史主体看，可能会有相反意见。反之，过去历史主体认为“属于”，今人则可能表达并不赞同的思考。以外国法学为例，欧洲中世纪及近代初期，一些极端自然法学理论主张者认为，只有意志而无理性或不符合自然法的法律，不是法律。[91] 但今天西方，已极少有人如此认为。而欧洲中世纪及近代初期，相当一些学者，如阿奎那、格劳秀斯、孟德斯鸠，有如我们非常熟悉的，认为自然法、自然法则甚至“理性”等，是法律。但在当代，西方法学学者已鲜有这类观点。

从“研究对象”的问题看，第二，另可能出现的情形是：今人和过去的历史主体，或许根本对“法”或“法律”等词，“宪法”“刑法”“民法”等词，具有不同的使用方法；其用来所指称的对象，完全是不同的社会现象。如中文“法”一词在相当一些中国古籍中，含义为“法式”“法度”；但现代书籍中，其常指国家制定或认可的规则。即使探讨同一社会现象，今人和过去的历史主体，依然可能使用不同语词，展开各自文本叙事。此在中国法律史研究中十分明显。如“民法”的旧时用语，有时是“文律”“民律”等。实际上，当不断阅读不同历史时期的法学文本时，常可感到“相互对话的困难烦恼”。因为，不同的语词用法，及相同语词的不同含义，常构成对话的“障碍”。法学语境中，对话障碍的首要者则是“法律诸概念”上的意见分歧。

有人也许强调词典或辞典的重要意义。但词典或辞典的存在，必须注意，极可能同样无济于事。法学中，词典或辞典的描述论断，其本身就是法学文本的一种表现方式。正是所谓的“权威”，或“某些‘普遍群体’”——实际上是特定时期、特定区域的“普遍群体”——相对的共同认可，使词典或辞典的权威话语的“合法性”得以出现。一旦历史语境发生变化，“权威”“某些‘普遍群体’”的呈现形态，便会发生变化，词典或辞典的权威性也会发生变化。如《说文解字》对“法”一词

的解说，同目前中国词典极为不同；[92] 而清代《康熙字典》对“法”一词的解说，既颇为不同于《说文解字》，也颇为不同于目前中国词典。[93] 换言之，词典或辞典中的解说，其本身在另类语境中自然会遭遇另类“他者”的质疑，甚至替代。词典或辞典，其本身并不因为是“词典”或“辞典”，而具有所谓永恒的语词指称的意义。

故“法律诸概念”本身，及以其作为叙事基础衍生的历时性法学理论，其中无法存在所谓超越具体时空的“客观权威”。

从“研究对象”的问题看，第三，换种角度观察，历时性法学的运作是一类“档案”工作。而档案工作的首要任务，在于收集标识“过去存在”的历史证据。显然，历史证据的有与无、多与少，会影响直至左右历时性法学的定案操作。在此问题的关键，首先是人们常可发觉，所谓新证据的不断呈现与挖掘，会不断推翻一类定案结论，而这种推翻使人们有理由怀疑定案根基的稳固性；其次，作为历时性法学研究的“档案员 ”，根本无法知道所需用来定案的真实证据，在过去时序中究竟有多少，因为，历史证据的遗留，总依赖人为因素，或其他偶然因素，而这些因素，无形中完全可能对所有过去真实存在过的证据，发挥筛选、剔除、改造、变换等重塑对象的作用。就后一点而言，十分不奇怪，美国著名历史学者贝克尔（Carl Becher）曾指出，世界上，“不但包含着保存下来的历史事实，也包含着没有保存下来的真实事件”。[94]

深入看，当某些被称为“历史证据”的“文本 ”“物证 ”“传说”出现在“档案员”面前，如果“档案员”具有足够的反省、警醒意识，则首先使其感到困惑的是，为何这些文本、物证、传说得以存留，而其他可能存在的文本、物证、传说却失散、消匿以至无影无踪?

此困惑十分重要，必须直面且需应对。因为，至少从当下各类正在发生、呈现的与我们共时存在的周边事物、事情的“存留境遇”中，

可发现此问题的真实意义。能够想象，在今日，被称为立法、司法、执法、守法等社会法律实践的现象，及对其思考、认识、赞扬、批评、“失语”而产生的现象，其中相当部分无法被“封存 ”“纪录 ”“传诵 ”，人们甚至对其没有任何兴趣。“封存 ”“记录 ”“传诵 ”，依赖特定社会主体的工作，其工作，除兴趣外，依赖这种主体的爱好、观察角度、价值判断、立场观点，另可能依赖社会某些因素对这种主体的压力、限制、指令等，还可能依赖其他偶然性的原因，如缺乏工作所需的时间。故在论述史学理论中，克罗齐早已提到：

新闻、文件、纪念文字多得很，全部收集起来不仅不可能，而且和文化目的本身是背道而驰的……公立档案库中不仅谨防地收集报纸和保存报纸，并编出目录，而且也极力扔掉无用的报纸。[95]

同时，就容纳空间而言，“封存 ”“记录 ”“传诵”的方式，是有限的，而其所面对的对象却是无限的。这便使“对工作主体的影响因素”理所当然地发挥作用。故在后人历时性法学研究中，今日存留的历史证据，成为“部分性”；未存留的，成为未知数。

依此思路，有理由认为，历时性法学的“档案员 ”，总处在前述所提到的“后人”位置（当然，中国法律史的一些学者已意识到这一点）。此外，即便出现“封存 ”“记录 ”“传诵 ”，其依然可能再次出现“丢失 ”。就“封存 ”“记录”而言，还存在保留技术的困难问题。有时，作为“档案”的“封存”证据和“记录”证据，也许因为物质的承载体失去承载能力，如纸张氧化而腐烂，使其中文字不能阅读，失去证据意义。就“传诵”而言，其同样可能因为时间十分长久，或传诵主体的不断增加，出现歪曲和失实。这使历时性法学的“档案员”，更有可能处于“后人”位置。

进一步，如果历时性法学的“档案员”面对上述种种困难，则其定案工作根基的稳固性便存疑问；[96]而如果稳固性存疑问，则何以会

有“客观性”“准确性”？

从“研究对象”的问题看，第四，即便“所需用来定案的真实证据在过去时序中真正有多少”不是问题，我们依然要面对“已有证据是否真实”的问题。

“封存”“记录”“传诵”等存留方式，不是在真空中运作的。如前所述，它们受到各种因素，如封存者、记录者、传诵者的价值判断和知识判断（如认为“这是有用的”“这是重要的”），及当时社会中的政治、经济、文化等力量对比的影响。如此，有何确凿理由认为：这些证据与真实发生的事物、事情之间，不会出现偏差？其实，作为例子，在中国法律史的研究群体中，相当一些学者已承认，以正史文本出现的某些“宫廷记录”极可能隐藏、遮蔽了历史真实。这些“宫廷记录”，有时歌功颂德，有时诋毁贬抑。

此外，历时性法学的“档案员”，只能面对“历史证据”。面对时，其无法将“证据”和过去的“真实”加以对比，以证实“证据”的真实性。这就有如审判时法院面对证据的情形。有学者指出，史学研究者，“不可能直接与事件本身打交道。他所能接触的仅仅是这一事件的有关记载”。[97]“档案员”，当然可依赖相互联系的证据进行甄别工作，作出某种判断；但这一判断，只能在有限的证据网络关系中加以展开。展开过程，基于网络关系的有限性，不免出现一些令人困惑的释义循环：其一，依赖依然有待甄别的一个证据去解释另一个证据；其二，在依赖证据网络关系的总体结论去解释一个证据之际，又在依赖每个个体证据对总体结论的解释支持。[98]如此，再次可发现，历时性法学的稳固性及依此可能而来的“客观性”“准确性”，都是悬而不决的。

在“科学式”的历时性法学中，一种“研究主体可靠近真实，不断发现真实”的观念，颇为盛行。其意味着，经过持续不懈的努力，历时性法学的“档案员”，可逐渐接近历史中曾存在的真正事实。但经过前面

的“怀疑性”分析，我们的确有理由认为，这种观念是脆弱的。如果其可成立，则与之相反的观念同样可成立：由于历史证据的特有“悬疑”，历时性法学“档案员”也许距离历史存在的真正事实，越来越远。

三、历时性法学的学术生产过程

现在，需要对历时性法学研究者从事的学术研究过程展开分析。其意在思考“研究主体本身如何遭遇限制 ”。所谓遭遇限制，指研究者常面对外在制约条件，及面对自身观念“前见 ”。而“前见 ”，则称 “前结构 ”，是哲学阐释学的用语，含义指思维者主观中预先存在的观念及思考方式。[99]

首先讨论外在的制约条件。

“科学式”的实证研究，较明显地受资源成本制约。实证材料的采集（此尤为重要）、原有文本资料的收集、研究文本的制作，均需相当数量的各类财物资源的支持。希望获取更多的实证材料、原始的文本资料，及进行更多的研究文本推敲制作，则财物资源的需求便会随之增加、膨胀。这里，问题关键不在于表面上的财物资源的有与无、多与少，而在于财物资源的支付者、承担者的观念倾向、需求意识，及希望得到的“结论”回报究竟怎样。一般而言，难以想象，当一种“科学式”的研究导致或可能导致对支付者、承担者的“资源形成结构”出现阻碍、减少、削弱直至瓦解的情形时，支付者、承担者，依然会提供资源，以支持这类学术研究。[100] 恰是在此，一种深层隐蔽的控制结构在“科学式”的法学研究中出现：财物付出者，通过“资源权力”进行间接制约。当然，应承认，有些研究者可不顾“资源权力”的制约，另辟蹊径，甚至偶尔获得成功。但“科学式”的法学研究，必然常依赖资源的有效支持，至少就实证材料而言是如此。可断定，没有资源支持

的研究，无法比受到资源支持的研究，提供更多的材料说明。许多学者，已注意到“钱”一类资源对学术研究的重要意义。[101]

故可提出这样一个结论：财物资源拥有者和“科学式”法学研究之间的供需关系，对学术生产过程，常构成一种限定。此为第一个外在的制约条件。

第二个制约条件，是现存学术共同体的学术范式和游戏规则，常会限定号称“科学”的法学研究。

研究者成为一名研究者，首先在于其可进入一类学术环境，并被这一环境中的“学术范式”和“游戏规则”所认可；或说研究者的进入，依赖自身主动接受、在接触的学术共同体中分享“学术范式”和“游戏规则”。个别研究者，可能会反抗现有的“学术范式”及“游戏规则”，但通常看，其意义颇为有限。“学术范式”及“游戏规则”，其表现形态是多种多样的，既可通过学术权威，如专家鉴定、认同、推荐来体现，也可通过学术媒介，如编审、出版、发表来体现，又可通过其他途径来体现。个体研究者，为使学术“产出”获取“收益”，以成功方式进入学术职业，需接受“学术范式”及“游戏规则”的限定，否则，只能面对学术失败。[102] 而长期看，“学术范式”和“游戏规则”，是发展变化的，由一定历史时期和特定区域的学术共同体发展和维持。因此，带有历史标记的“学术范式”“游戏规则”，亦为研究者思考的制约条件。

当然，外在的制约条件，并不限于上述两个方面。另有一些制约因素是公开的，人所共知，如政治权力、社会舆论的影响与束缚。但上述两个制约条件，对历时性法学最为关键，而政治权力、社会舆论等，较为间接。相对学术共同体，较为间接的因素在条件发生变化时，可改变、隐去、消失。最关键的因素，却总是“在场”，不会因为较为间接因素的缺席而“缺席”。这对于分析“科学式”历时性法学的局限，至关重要。

现在分析观念“前见”。

法学研究者所以成为法学研究者，不仅在于外在制约条件、因素的捏塑，而且在于其本身的法学阅读、观察和思考。但阅读和观察，及由此而来的吸收，一般看，则是思考的另一前提要素。[103]在此，首先应关注由于法学知识接收而形成的“学科规训”。[104]

就法学阅读而言，这种阅读，是在阅读者思想已有的特定知识内容和结构，及由此而来的兴趣中展开的。严格论，任何一种法学阅读均有目的，不会漫无边际。特定法学知识内容及结构，还有随之而来的兴趣，既为阅读目的提供了方向，亦为其无法回避的边界。如此，法学研究者思想已有的特定知识，成为隐蔽的规训者，其指令甚至驾驭法学研究者的思路。虽然不能否认，阅读新的“法学知识”的过程也有对抗质疑性，但即使对抗、质疑，其亦在其他旧有“法学知识”的潜在规训下形成，如法学中，一个主张法律社会学知识的阅读者，在阅读传统的法律规范学知识时，会呈现对抗、质疑，但其本身又预先受到法律社会学知识的规训。[105]故一般情形下，被接受下来的“法学知识”，构成了历时性法学研究者的观念“前见”的重要部分。

就观察而言，这种观察，常从特定角度特定方面开始，而且，亦从数量有限的特定角度、特定方面展开，最后，也将终结于特定角度及特定方面。角度或方面，应认为是无限的。如果角度或方面的确无限，则从特定角度、特定方面观察而得到的法律表象（这里指历史证据），构成了具有限制意义的主观经验。这类主观经验，同样是历时性法学研究者的观念“前见”中的另一重要部分。此外，尽管可承认，“观察”在理论上能不断展开，但又需承认，学术研究最终应以特定时空的写作或陈述的方式来表现。故一旦写作和陈述最终结束，作为结果性的“观察”，及由此而来的知识，将终结于特定的角度和方面。此为另外意义的主观经验的限制。当然，亦应看到，法学思考可

具有想象成分，但作为“科学式”的历时性法学，本身便拒绝没有确凿根据的想象发挥。于是，作为确凿根据起点的“观察 ”，及由此而来的主观经验，也就构筑了“科学式”历时性法学的有限视界。

实际上，正是这里所分析的观念“前见 ”，可使我们在另一方面，也是颇为重要的意义上，理解历时性法学何以出现前面分析的两个困难问题：为何某些法律（或宪法、刑法、民法… …）现象，具有被陈述的资格，而某些没有？为何某些个体可被称作“法律（或宪法、刑法、民法… …）现象 ”，有些不行？显然，历时性的法学研究者，正是在自己所具有的观念“前见”的操纵下，断定法律现象被陈述的资格，断定何以某些个体可称作“法律现象 ”。语境化的法学观念和主观经验，“迫使”研究者赋予某些法律现象被陈述的资格，赋予某些个体以“法律现象”的称呼。如此，观念“前见”的变化，自然会使历时性法学研究者的“断定”发生变化。而作为例子，可注意，在中国法律史的研究中，某些年出现的对过去时序中“民间法 ”（习惯法）及“民间法 ”（习惯法）和“国家法”的关系的研究，显然是在另类的法学观念“前见”的影响下展开的。[106]

概言之，正是这样一些观念“前见 ”，可使我们在深层理解：为何作为法学知识之一种的历时性法学，无法实现“客观 ”“准确”“反映规律”“指涉真理”和“中立”。

四、“科学式”共时性法学的内在困境

“科学式”历时性法学具有内在困境。此困境，是“法学知识可成为科学知识”这一观念无法成立的逻辑根据之一。从“科学式”共时性法学的内在困境切入，可分析这一观念的彻底失败。本章另将指出，“科学式”共时性法学的某些内在困境，亦为“科学式”历时性法学的困境的根本原因。当然，前面分析的“科学式 ”历史性法学所具有的困境，也部

分适用于“科学式”共时性法学，如制约条件、观念“前见”的束缚。但相互重叠时，对“科学式 ”共时性法学的分析，是从另一角度，甚至更深层面上展开的。

“科学式”共时性法学，其最基本出发点，即对社会中曾呈现及现存的诸种被称为“宪法 ”“刑法 ”“民法”等“法律”对象进行“外在”观察、归纳。所谓“外在 ”，指观察者、归纳者持有“局外人立场或视角 ”。此种“局外人”的姿态，主张对社会中的研究对象，应保持适当距离，且在保持距离时，摈弃先入为主的具体是非价值判断；并主张通过对诸种“法律”对象的不戴有色眼镜的观察、归纳，从中分析基本特征、基本结构、基本因素、构成要件等称作“法学理论”的内容。[107] 此亦为“科学式”共时性法学可称作“科学知识”的主要依据。学术活动中，这种态度，十分类似且基本起源于19世纪法国学者孔德所主张的实证态度，及近现代自然科学的实证精神。[108]

但这种态度存在问题，并且，就法学知识而言，此问题包含不可克服、具有前提性质的致命困难。

前面已分析，“科学式”历时性法学，必然面对“用何标准确定法律现象”的困境。与此相同，“科学式”共时性法学，亦难以找寻确定性的标准，宣称某一个体是“宪法”个体、“刑法”个体、“民法”个体……或（统称）“法律”个体。其困难，不仅在于古今中外难以发现共同使用的“法律”一词，及“宪法 ”“刑法 ”“民法”等词，亦不仅在于“法律”一词，及其他“具体法 ”（这里指“宪法”“刑法”“民法”等具体法律，为叙述方便，下面常会使用“具体法”一词）等词，在不同时期具有不同含义，或不同对象却被贴上同样的“法律”或其他“具体法”的词语标签，其困难，而且在于，即便在当下具体语境中，人们也会从社会法律实践中，产生对“法律”一词及其他具体“宪法 ”“刑法 ”“民法”等词汇用法的不同意见。这种具体语境中的“不同意见 ”，最关键，亦更为要害。

实践中产生的这类不同意见，有时具有激烈论争的特点，并且在相当程度上，势必深刻影响法律理论的探讨、构建。对此，需细致分析。[109]

“法律”一词和其他具体“法”词汇的使用，常在两个意义上加以展开。其一是“感性”；其二是“探讨性”。

就“感性”使用而言，人们通常并不产生争论。如实践中，提出“这一问题应由法律来解决”“宪法在社会中具有重要作用”“充分利用刑法来维护社会秩序”等表述时，“法律”及“宪法 ”“刑法”等词，与“解决 ”“社会 ”“作用 ”“社会秩序”等语词，甚至与“这一 ”“应由 ”“充分”等语词类似，是在人们并不关注其含义究竟如何的情况下，而被感性使用的。人们仅在不自觉地默认其含义的情形下，对其加以使用，并表达另外的论说主题。如此，对“法律”及其他“具体法”词汇，通常看，并不存在争议。

但就“探讨性”使用而言，情况则可能完全不同。人们可能常会发生争议。如身处同一案件的审理，或同一社会纠纷解决的具体语境中，并且，对具体审理或解决办法及结果具有不同意见，同时，承认且相信裁判机构的裁决只能是法律裁决，更准确说，依法裁决，在这种条件下，若提出“应依据一般法律原则来裁决本案 ”，或提出“只能根据立法机构制订的具体条文文字来裁决本案 ”，或提出“在作出法律裁决时应注意法律专家的学理意见 ”，或提出“上级裁判机构裁决的前例是下级裁决机构作出的裁决的依据之一”等陈述时，则“法律”一词的使用，即为“探讨性 ”。人们对“法律”一词的含义，并非不自觉地默认，相反，正在从不同角度，表达对“法律”一词的不同意见。尤其坚信裁决机构裁决是种法律裁决，或依法裁决时，[110] 第一个陈述，极可能是在表达“一般法律原则也是法律”的一个意见；第二个陈述，则是表达“只有立法机构制订的条文文字才是法律”的另一意见；第三个陈述，则是表达“法律专家的学理意见可成为法律一部分”的第三个意

见；第四个陈述，则是表达“裁决机构的前例是法律依据之一”的第四个意见……在这里，各类陈述，是在不同角度“探讨 ”“争论”法律一词的含义，或可说，其表现了对“法律”一词认识的根本性分歧。各类意见，其实非常关注“法律”一词的含义究竟怎样，会从不同立场出发，阐明或含蓄表达[111]“法律”一词的内涵和外延，进一步，将“法律”一词的使用，变为“探讨性”使用。[112]

法律实践中，人们常会因为具体法律处理意见的分歧，持续展开这种“探讨性”使用。具体纠纷争议中，为陈述自己的法律意见，人们常不免出现并凸现 “法律观念”的分歧，进行“法律”一词含义的论辩。

应注意，“探讨 ”“争论”或“根本性分歧”及它们的持续展开，是不可避免的。社会资源有限，故人们的政治、道德、文化等社会观念存在分歧，并因此导致纠纷及见解对立。进一步，对“法律”一词及其他“具体法”词汇含义的不同意见，直至争论，便随时在特定社会实践中表现出来。更重要的，在表达不同意见或争论时，人们会使用各类具有论证作用且可以持续展开[113]的其他如社会理论的论说资源，支持自己对“法律”一词及其他“具体法”词汇的意见，使 “法律 ”一词的争议及具体 “法”词汇的争议，出现开放性。尤其当其他社会理论的论说资源我们无法断然确定，并且人们并不普遍承认其中只有一个正确时，更是如此。

完全可发现，在任何已知的特定时代和社会中，即便某人或某个群体— —如个人学者或学术群体— —宣布一个“法律”概念或其他“具体法”概念是固定的、普遍的，实践中的主体，依然会依据特定立场、特定姿态，提出自己的各类“探讨性”使用。[114]

有时，甚至可发现，人们虽然表面上赞同一种“法律”或其他“具体法”的概念，但出现具体法律实践问题争论时，却会不自觉地提出对立性的关于“法律”或其他“具体法”含义的意见，或以自己并未觉察的方

式，使用潜在的另类“法律”及其他“具体法 ”的概念和理论。如2000年11月，最高人民法院颁发《最高人民法院关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》，其中第5条规定：“交通肇事后，单位主管人员、机动车辆所有人、承包人或者乘车人指使肇事人逃逸，致使被害人因得不到救助而死亡的，以交通肇事罪的共犯论处。”[115] 对这类情形，1997年《刑法》第133条，没有明文规定。最高人民法院指出，其解释，系根据《刑法》有关规定而作出。类似的例子，可注意该《解释》中的第6条、第7条。可发觉，实际上，最高人民法院是以不自觉的方式主张了一种法律概念：法律不限于明确文字规定，其也包含隐含内容。在最高人民法院看来，其解释，是将《刑法》的隐含内容加以明确，尽管，最高人民法院没有清晰如此表示。

其实，就一般意义而言，上面讨论的 “‘探讨性’使用”的分歧，不是单纯概念意义上的分歧，相反，其为概念背后隐藏的利益或观念——如政治、道德观念— —的分歧，是利益或观念分歧导致的意识形态化的话语（福柯用语）斗争。因为，具体法律实践问题的解决，必须将利益配置的结果予以凸现，必须裁决某一观念的正当性；而利益结果或观念裁决，对某些人是支持，对某些人是否定，其不是“给予 ”，便是“剥夺 ”，不是“赞扬 ”，便是“贬抑 ”。故“法律”及其他“具体法”词汇的各类“探讨性”的使用、持续展开，总是寄生且无法摆脱于深层的以社会争夺为内容的人类欲望，及话语征服的内驱力。

可看出，社会实践中“法律”及其他“具体法”词汇的“探讨性”的使用，对“科学式”共时性法学，构成了根本性的瓦解。其对后者所持“外在观察”立场、态度的可能，提出了根本性的质疑。换言之，如果社会实践中这些“法律”词汇的“探讨性”使用，是存在的，尤其当社会资源是有限的，及各类社会观念多元化已导致纠纷和对立观念的持续存在，进一步，导致了这些“法律”词汇争议是“经常性”的，则“科学式”共时性法学，怎样才能捕捉、“冻结 ”“固定”被称为“法律 ”“宪法

”“刑法 ”“民法”还有其他“具体法”的对象，并将其“外在地”观察、归纳？ [116]

特别需注意的，则是我们并不知道，且无法预测，在未来社会实践中，人们将会怎样“探讨性”地使用这些法律词汇。这意味着，即使强行推广一种“法律”及其他 “具体法”的含义，人们依然可能在未来实践中，我行我素。[117] 纠纷争议和观念对立，在未来亦无法避免。

故有理由提出反问：当“科学式”共时性法学建立一套法律理论时，其自身，何以能宣称，其中作为法学理论出发点的“法律 ”“宪法 ”“刑法 ”“民法”等概念，具有普遍的涵盖意义？其自身，何以能断言，其中某一被宣布为“法律 ”，或宣布为“宪法 ”“刑法 ”“民法 ”……的概念，是社会普遍接受的，即使相对而言的“普遍涵盖意义 ”，或相对而言的“社会普遍接受 ”？进一步，可提出疑问：依据这些基本概念而建立的法学理论，怎能以“外在”方式，“客观 ”“中立 ”“准确”反映已呈现的或现存的社会法律实践，即使是相对而言的？

那么，撇去“探讨性”使用的问题不论，是否可依赖社会实践中“法律”和其他“具体法”等词的“感性”使用，建构“科学式”法律的基本理论？我认为，同样不能成功。

依“科学式”共时性法学的要求，“法律”等词，应具有精确的含义指涉，其应为被细致说明阐述的若干语汇。尽管，被用来说明阐述该词的其他词语，可被感性使用，而且，相对于该词而言，其他词语只能被感性使用，但在“科学式”共时性法学潜在意识中，“法律”等词，本身必须被“精确探讨”使用，即对其含义，需要予以澄清。[118] “科学式”共时性法学，并不希望据以建立的基本词汇，可在并不十分清晰的情形下被使用。故这类法学，必须关注且必须研讨实践中出现的“探讨性”的使用，必须将后者分类剥离，以求普遍性的精确陈述，其结果，便是无法依赖“法律”一词及其他“具体法”词汇的感性使用。

其实，退一步，即使认定“法律”等词的日常化“感性”使用可被依赖，“科学式”共时性法学，极可能依然无法成功。因为，感性使用，正因为是日常化的，故可能变动不居、随情转化。感性使用的日常语言，有“游戏”特性。维特根斯坦（LudwigWittgenstein）曾说，日常语言可看作古代的城市，是由错综复杂的狭小街道、广场、时新时旧的房屋及在不同时期做了添补的房屋组成的迷宫。[119]于是，以其作为基础，从“科学式”共时的内在要求，如精确、稳固、普适、界线分明等来看，将使理论构建，极可能同样飘浮不定。

进一步看，“探讨性”的使用，并不局限于前面描述、在实践中产生的争议性使用，其还包括在一般性理论分析中产生的争议性使用。而纵然认为，一般理论分析中出现的争议性使用，可通过某种学术共同体或学术权威的努力而出现一致性的意见（其实，不可能出现整齐的一致性意见，否则，展示不同理论的法学史已不存在），实践中产生的争议性使用，依然会继续存在。在此，问题的关键，第一是实践中产生的争议性使用，不会因为一般理论分析中的争议性使用的停止— —其实也不可能停止— —而停止；第二，“科学式”共时性法学，又必须依赖 ——而且其本身也希望依赖— —被细致描述过的“法律”及其他“具体法”概念，但被细致描述过的“法律”等概念，在实践争议不断且持续存在的条件下，则难以出现共识意见。就第二点而言，如前所述，恰因为“科学式”共时性法学必须关注、研讨社会实践中存在的“法律”等诸词的“探讨性”使用，且以其作为起点，铺设法学理论编织的话语通道，故没有共识意见，“科学式”共时性法学的基础，便无法避免根本性的危机或动摇。

五、法律实践中的“理论”和法学理论中的“理论”的异同

现在，需讨论另外问题：法律实践中的“理论”和法律理论中的“理论”，是否存在区别？如果存在，其区别究竟怎样？此问题，对于进一步理解本章讨论的实践中“法律”一词和其他“具体法”词汇的“探讨性”使用对“科学式”共时性法学的影响，至关重要。而且，本章对两者是否有区别的阐述，对“科学式共时性法学没有坚实基础”这一命题所展开的深入论证，亦为一个侧面前提。

首先，需说明，使用“法律实践中的‘理论’”这一陈述，是因为可发现，实践中出现的有关“法律”“宪法”“刑法”“民法”等词的“探讨性”的使用，涉及抽象论说，并且不可避免地进行抽象论说。而抽象论说，一般看，正是通常使用的“理论”一词所指称的对象。

如实践中，当有人提出“应依据一般法律原则审理本案”，而有人提出“只能根据立法机构制订的条文文字判决本案”，另外有人提出“在作出法律判决时应注意法律专家的学理意见”，还有人提出“上级法院判决的前例是下级法院作出的判决的依据之一”等相互排斥，甚至对立的陈述时，任何一方，显然，需找寻进一步的抽象意义的论说资源，证明自己陈述的正当性，并以此征服、压抑另一方。

具体说，如果认为，“应根据一般法律原则审理本案”，则可提出如下一些前提性的抽象论说：第一，作为一种准则，法律并不一定仅包括法律的具体条文文字，其另包括普遍性的一般原则，这些原则有时是明确规定的，有时潜存于具体条文背后；第二，所以认为法律另包括普遍性的一般原则，因为法律的具体条文的制定，常依赖这些原则，换言之，没有其指导，有时无法制定具体条文的规则；第三，既然法律具体条文的制定，常依赖这些原则的指导，则当现有具体条文不能顺利解决具体问题时，运用这些原则，包括潜在的原则，以解决具体问题，正类似用通过这些原则制定具体规则的方式解决具体问题，而此亦为顺理成章。[120]

反之，如果认为，“只能根据立法机构制订的条文文字判决本案”，则可提出另外一些抽象论说与上述论述相对。可宣称：第一，条文文字清晰、明确，依此判决是法院严格恪守“依法审判”信条的正当表现，法院的制度功能，不是揣测立法者会有怎样的想法，或“摸索”法律文字背后具有怎样的意义，而是严格依照法律条文的明确规则审判案件；第二，若法院可揣测或“摸索”，则法院的行动便会破坏立法、司法权力分立的制度框架，即法院会将自己的权力以隐蔽方式延伸至立法，此为变相的权力合一；第三，法律应具有指导性，而指导性基于明确性，若允许法院揣测或“摸索”，则意味着允许法律可不明确，进而失去指导性，这与对法律特性尤其是“可预测性”的一般理解，发生矛盾……

在此，可发现，上述相互对立、用以支持自己主张的前提性抽象论说，的确是人们较熟悉甚至视为基本常识的“法律理论”。它们可以，而且也的确，真实呈现于具体法律实践。如果继续展开推论，不断开掘思路，显然可将各种前提性论说的空间持续拓展。

而进一步，若持续拓展，则可发现其中恰存在理论中的“法律理论”的不断探讨。如果实践中的“法律理论”和理论中的“法律理论”，在内容甚至语词表述上，均十分类似，且实践中，“法律”诸词的争议及支持一类“法律”词汇含义的抽象论说总会持续展开，那些抽象论说涉及相互不同乃至对立的政治、道德、文化观念的抽象阐述，则自然可得出这样的结论：就内容看，正如导论所细致分析，法律理论中的“理论”和法律实践中的“理论”，并不存在实质性的区别。

因此，可倒转认为，理论研究者从事的法学思考，实际上，是从另外角度——理论文本角度——开始、延续、深化实践者所进行的法律实践中的“理论”争议。其产出的法学知识，恰可视为内在于法律实践中的“深度阐述”中。也因此，不得不承认，实践中的“法律理论”和

理论中的“法律理论”，可以“合而为一”。如果存在区别，其区别也仅在于前者在实践中，后者在理论中。法国学者福柯曾说，理论既未表达、传达实践，也非为实践目的而存在，相反，其本身正是实践。[121]

如果法律实践中的“理论”和法律理论中的“理论”，是相互贯通的，并无实质性区别，我们所理解的，在法律实践中观察到的“法律”一词及其他“具体法”词汇的“探讨性”使用，便以潜伏隐蔽的方式，存在于法律理论中看似属于纯粹理论争论的“法律”诸词的“争议性”使用中。换言之，也可这样认为，法律理论中所呈现的对“法律”诸词进行的学术研究，是法律实践中的“法律”诸词“探讨性”使用的另外一种方式的展开。

若这种考察正确，则可得出进一步的结论：不仅法律实践中的“探讨性”的使用，会使“科学式”共时性法学的理论基础发生根本动摇；而且，法律理论中的“争议性”使用，已预先在内部使其基础瓦解。这意味着，无论从“科学式”共时性法学的外部（面对的法律实践）看，还是从其内部（理论自身）看，作为其出发点的基本“法律”概念，及其他“具体法”概念，均无法统一一致。共时性法学面临的困境，不仅是外在的，而且是内在的。深言之，不仅会看到，即便法律理论宣称自己已找到准确的“法律”概念，或其他“宪法”“刑法”“民法”等概念，法律实践中的各类“探讨性”的使用，依然会我行我素；而且会看到，这或许更重要，当法律理论宣称自己已发现、研究或概括所谓准确的“法律”诸概念时，实际上，就内容而言，这些概念极可能不过是法律实践中出现的多种“探讨性”使用之一，它们，也许正在法律实践之中和其他“法律”“宪法”“刑法”“民法”等概念相互斗争、相互压抑，争夺实践中法律意识形态的领导权。正如有的学者所指出，作为貌似可涵盖全部客体对象的“法律”词汇，其实，“只能指向一个法律观念”。[122]

故“科学式”共时性法学的所谓“外在”立场、“局外人”的观察视角，不论情感多么真实，设想多么真诚，其都可能自然而然，甚至以自己均未觉察的方式，呈现为一种法律实践中“内在参与”的立场，呈现为法律实践中“局内人”与他者寸土必争、寸利必得的争夺视角。

现在，结合“科学式”历时性法学问题，阐述前面所展开的分析可得出的深入结果。

作为“科学式”共时性法学出发点的“法律”诸概念，通常而言，正是“科学式”历时性法学的出发点。一般情形下，前者的理论界定和预设，为后者奠定了重要叙述基础。后者如试图建立自己的一套叙述话语，且使之具有学术上的合法性，便不可避免需尊重前者建立的学术话语框架。尽管，作为框架基本要素的“法律”诸概念这一出发点，不论在前者中，还是在后者中，事实上表现了多样化情形，即学术中多种学说的并存局面，但信奉“科学式”的各类学说依然都在期待，自己出发点客观、中立，因而是可靠的。

颇为不幸，前面对“科学式”共时性法学面对的“法律”诸词汇“探讨性”使用的剖解，使我们不得不深刻发觉，像前者“法律”诸词汇使用总会影响后者一样，前者中存在的“法律”诸词汇使用的困境，自然会传递至后者。也因此，“科学式”历时性法学的“法律”诸概念的基础，不仅面对着“不同时期的‘法律’一词及其他‘具体法’词汇不同使用”“一般意义上的各类人群对‘法律’诸词汇不同使用”的困境，而且面对着法律实践中“法律”一词及其他“具体法”词汇的“探讨性”使用的根本困扰，进而更明显的，在深层根基上，暴露疏松动摇。

实际上，从另一角度看，依然可认为，所以会出现“科学式”历时性法学所面对的相对宏观意义上的“不同时期‘法律’一词及其他‘具体法’词汇的不同使用”，和“一般意义上的各类人群对‘法律’诸词汇的不同使用”，正是因为，“科学式”共时性法学所面对的“探讨性”使用，是

这样两类“不同使用”范式变化和区别的微观因素。此类“探讨性”使用，使前两者出现得以可能，亦使其变化得以可能。其以不易觉察的方式，暗中使作为“科学式 ”历时性法学前提基础的“法律”诸概念，在建构之际解构、肯定之际否定、趋同之际分散、“固定”之际开放。

六、法学知识如何成为法律实践的组成部分

经过前面分析，可断言，不论“科学式”历时性法学，还是“科学式”共时性法学，其中包含的“法学知识可以且必将是科学知识”的观念，是失败的。其失败，在于其学术期待中包含的不可克服的前提困境。在法学实证的观察、归纳、分析的方法中，一种可能[123]在实证的自然科学或实证的其他社会科学学科中得以存在、极富成效的— —或较富成效— —推论和结果，则是极易如履薄冰、瞬息即逝，甚至形同虚设。[124]“科学式”的法学学术追求，或更准确说“科学主义”的，其中，隐藏了也许令人遗憾、但又无可奈何的自我瓦解。其希望像实证的自然科学，或其他社会科学学科研究那样，处理历史及当下的社会法律实践的各类对象，是一种奢望，缺乏自我警醒，而又过分自信。

如此，法学知识究竟怎样？其道路、真实意义又是什么？

一方面，不论我们是否愿意、自觉，法学知识终将是具体历史语境中的，以包含实践参与欲望的形式，对同样是存在于具体历史语境中的社会法律实践进行理论编织。法学知识，或明或暗，展示了特定历史主体的有关法律对象的历史“偏见 ”（不含贬义）、法律姿态、参与诉求。在这种“偏见 ”、姿态和诉求中，特定的历史主体，融合了自己的知识“前见 ”、价值判断和实践立场。换言之，学术中的法学知识，终将是社会法律实践的一个组成部分。不论我们是否已意识，或根本未意识，其或从正面，或从侧面，都在参与、影响直至推动— —

当然有限度——社会法律实践的生成和变化，同时，其直接或间接，均从社会法律实践中各类不同政治、道德、文化观念和利益冲突中，汲取养分与质素，并受其制约，从而固执、坚决、胸怀征服他者意念。

另一方面，即使从法学知识的学术个体化及共同体化生产看，法学知识，并不因为研究主体的“客观”“独立”“中立”的立场、期待和愿望，或有意摆脱自己的知识“前见”、价值判断和实践立场，而成为“客观”“独立”“中立”的。个体及共同体的研究姿态，不论其“独立精神”在道德上如何令人尊敬、赞赏，依然不能且无法因此改变法学知识的历史境遇性及“参与性”。法学知识的学术个体化和共同体化的“冷静”运作，仅提供一种有关法学知识产出的“独立自在”的外在表象，其无法修正，甚至无法遮掩，法学知识本身的历史境遇性，及“参与性”。毕竟，在法律及法学语境中，知识的起源，不能摆脱广义的与法律相关的各类知识判断、价值异议和实践纷争。个体及共同体进行学术研究所依赖的知识前提，或直接，或间接，与社会中的知识传递、价值冲突和实践交流存在相互联系。即便学术个体和共同体对自身的知识“前见”、价值判断和实践立场有所警觉、反思，试图尽可能实现“客观”“独立”“中立”，这种警觉、反思，亦将在另类知识“前见”、价值判断和实践立场的操纵下展开，无法“自拔头发跳离地球”。

至为关键的，则是法学知识的生发、产出、变化，如前面所阐述，难以摆脱具体历史语境中出现的“法律”诸词汇“探讨性”使用的制约。在具体历史语境中，不与这些“使用”发生联系，一类知识的确难以称作法学知识。而当发生联系的样式本身多样化时，法学知识受制于“法律”诸词汇“探讨性”使用的方式，亦为多样化。进一步，因为“受制于”方式的多样化，法学知识亦呈现了“探讨性”争论的多样化，从而与具体历史语境中的纷争关系十分密切，其中历史“偏见”、法律姿态及参与诉求，亦会不可避免地显露自身。

如此，需接受这样的判断：法学知识是历史语境化的，而非普遍科学化，它是“小写”的，而非“大写”的，它是一种“参与 ”，而非 “客观分析 ”；个体化和共同体化的法学知识，不会因为学者“自我克制”，摆脱社会历史法律实践的“非客观”束缚。

其实，在此完全应指出，前面用以分析“科学式法学观念”失败的理由阐述，正为本章主张“法学知识实际上是历史语境化的一类知识及法律实践中的一个组成部分”的理由，亦为本章否定学者“客观 ”“独立 ”“中立”的期待可改变法学知识的历史性和参与性的理由。

就法学知识的道路而言，是否可认为，通过人为地将历史语境中的片段化法学知识叠加、累积直至有机整合，我们便能像有些学者乐观想象的，逐渐靠近法律现象背后的“真实本质 ”，或像有些学者所断言的，逐渐推进对法律现象的真理认识，或像某些学者雄心勃勃地宣称的，逐渐砌筑法学真理的宏伟大厦？ [125]

我认为，不能这样认为。

因为，我们根本无从且无法将现法学知识和我们设想存在的“法律真实” [126] 加以对比，并以后者作为标准，对前者作出“上帝”的审判。在这个意义上，“是否靠近真实本质 ”“是否靠近真理认识 ”，“是否成为宏伟大厦的一砖一瓦 ”等，其本身，便成为无法证实的玄学问题。不能否认，其他学科领域中，有可能实现“相对真理的增加叠加和有机整合可接近绝对真理 ”，但法学语境中，由于“法律”一词、“具体法”等词汇的“探讨性”使用的特殊性，及法律与被作为研究对象的人物群体和作为研究者的人物群体均有密切利益关系，故人们不能超越其外，从事貌似“外在”客观公允的法学研究，并不断累积叠加、有机整合法学的“相对真理 ”，进一步，走向绝对真理。

更重要的，显然应注意，社会中法律现象，本身是历史语境化的，无论从价值论意义看，还是从知识论意义看，法律现象均在变化之中。过去认为是“法律”的，现在也许认为不是；某人认为是“法律”的，也许他者并不认为。这些看法，有时不同，有时甚至针锋相对。这种例子不胜枚举。“法律”一词及“具体法”诸词作为标签，其使用背后隐藏了价值判断，及特定知识制约的认识判断，尤为重要的，隐藏了社会资源有限导致的具有持续性的利益纷争。否则，根本无法理解，为何现实中，人们可以因为某一对象是否具有“法律资格”而无休止地争论，甚至水火不容。也因此，只能承认，即使存在一个“法律真实”，这一“法律真实”在历史主体的视域中，也依然除了徒有其“名”之外，将没有任何具体内容可充实其中。它是一个虚构。

如此看，法学知识，无论我们的，还是他者的，仅是一种法学知识，一种只能在“一种”底下添加强调符号的法学知识，一类我们如果身在其中，则无法超越其外的法学知识，如同只能在宇宙中研究宇宙，不能跳出其外另立“上帝视角”。也在这个意义上，所谓客观中立的立场，“知识分子独立思考”的精神，在面对最终以不断发生的利益纷争为根基的法律现象时，都将变得“是在逃避”“是在掩饰”，最后也将不自觉、“似从前门走出却从后门走进”地“参与”社会法律实践，或变相地建立一种以“科学”“真理”为名的法学话语霸权。

将法学知识不视为“科学”“真理”，意味着将其不视为直线型——“直线型”一词在此不排除“曲折向前发展”的意思——的从低级走向高级的知识构建。法学知识的道路，由此变为一种“演化”模式。演化意味着变化，而不一定意味着“进化”。它与实证的自然科学研究和其他一些卓有“科学”成就的社会科学学科的道路，存在重要不同。

法学知识，作为研究社会现象的一类知识，和其他获得“科学”成就的社会科学学科之间所同时具有的某些共性，如针对人、人的活动

方式进行研究，不能淹没、溶解其所具有的个性道路。我们的确可看到内容各异，甚至类型各异的法学知识，而且，其中某些看似极其卓越而又丰富，但即使在时序中来看这些知识，依然并无坚实的逻辑理由，站在一个历史语境之外的视角，断定一些知识必定是在较低阶段，一些知识必定是在较高阶段。这不仅仅因为各类法学知识联系着不同价值判断、认知判断，是对法律实践的“参与 ”；更是因为，我们自己作出的断定，亦联系着一类价值判断和认知判断，亦为法律实践的一类“参与”。

就“我们自己作出的断定”而言，我们的“法律”一词、其他“具体法”词汇的使用，及依此而来的“对何为法学知识 ”“什么可归属法学知识 ”“法学知识有高有低”的判断，如前面所分析的，正是以隐蔽方式，与我们所身处的具体历史语境中法律实践的“法律”诸词汇“探讨性”使用，彼此勾连。我们实在没有理由，亦无资格，认为自己法学知识中的掺杂历史“偏见”的价值判断、认知判断，可成为力排他者的“唯我独尊 ”，没有理由与资格将自己摆在貌似公允的“外在”立场，论说法学知识的低高进化。故准确看，在不同法学知识之间看到的不是“进化 ”，而是“变化 ”，是一种我们自己的判断也渗透其中的“变化 ”（因为这一“变化 ”又是我们认为的“变化 ”），一种和具体历史语境中的社会法律实践时时相联、息息相关的“变化 ”。如果相信，与利益需求密切相连的价值判断，就普遍意义而言极难存在高低之分，而且相信，法学的认知判断是在持续不断的利益纷争的背景中展开的，是种“参与 ”，进一步，和价值判断相互纠缠，则法学知识的 “变化 ”而非“进化 ”，不论我们感到多么不情愿、难以置信，也将成为合乎逻辑的自然结论。

当然，我不否认，具体语境中，某类法学知识可能优于另外一类，但此仅就具体语境而言。一旦身处不同另类语境，我们便会发现，“他者”法学知识可能具有优先性。人们熟知的沿袭罗马私法而来

的法学知识的“中国遭遇”，可成为一个例子。通常看，罗马私法的法学知识，常被认为优于其他私法法学知识。20世纪80年代，随着市场经济发展，特别是20世纪90年代，随着经济、政治、文化的深化改革，罗马私法的内容对中国而言可能非常具有价值。但20世纪50年代，面对新旧势力— —包括政治、经济和文化的— —激烈争夺的特殊历史状态，而且，计划式政治、经济、文化的安排具有重要意义，可发觉，沿袭罗马私法而来的法学知识对中国并不适宜，甚至可认为，这种法学知识“劣于”另类的具有社会主义特征的私法法学知识。语境不同，法学知识的“优劣”位置，便会发生变化。

另需补充的，则是在具体语境中作出的“优劣”判断，其亦为具体语境中各种因素相互作用的认识结果，亦为“参与姿态”的结果。换言之，具体语境中的价值认同、知识结构、政治状态、经济情形等历史条件及“参与姿态”，是相互作用的，故孕育了这种认识结论。也因此，各种历史条件和“参与姿态”的变化，引发了“优先性”结论的变化。

现在提出进一步的问题：将法学知识不视为“科学”“真理”的知识，是否会导致极为消极的理论结果？或从法学知识话语中删除“科学”“真理”一类的修饰性关键词，法学知识是否将会无所适从？我认为，正相反，恰可因此获得更积极的实践意义。

如果实现一类知识认识的消解转换，将法学知识不再视作“科学”“真理”的，我们将会更贴近法学知识与法律实践相互关系的真正意义，法学知识本身，也将获得全方位的再次解放。作为法学研究主体的学者及共同体，便有理由，进一步，便会自觉地将法学知识的编织融入主体存在其中的法律生活。法学知识的构建，我们便会由衷地相信，应该积极参与社会法律实践中的“真实斗争”，在多方不同乃至对立的价值意见之中论辩、甄别和抉择，而且是在相互理解的场景中将

论辩、甄别和抉择予以启动、展开和深化，进而在这一过程中，真正实现法学知识作为制度创新的因素之一的意义。

同时，作为法学研究主体的学者及共同体，便有理由，进一步，便会自觉地在具体历史社会语境变迁之际，调整法学知识的动态策略，使之真正适应动态的法律实践，并在其中“商谈 ”——而非貌似指导— —法律道路的有益前景。就历时性法学来说，我们便会自觉承认，基于当下社会法律实践需求来判断历史时序中的法律现象的有益与否、借鉴可否，都是自然而然的。就共时性法学而言，我们便会自觉相信，将其编织融入激荡热烈的法律生活，使其焕发时代气息，并将其变为法学家与法律家乃至平民大众之间的、具有实践目的的对话机制，是深切的社会职责所在。

由此，法学知识，无论相对片段的，还是相对整体的，都将在来自社会法律实践之际重返其中，重返时，并在自我调节和自我推动时，成为社会法律实践的话语调节器、推动器，落实自己的真正位置和角色。[127]最重要的，作为法学知识生产主体，学术共同体将会自觉警惕来自内部的理论“霸权 ”，首先使自身有能力发现，一类号称“科学”或“较为科学 ”[128]的普遍主义法学知识，极可能属于乔装打扮的特殊法学知识，其次使自身有能力在内部实现交流对话的民主机制，将法学理论话语中的民主因素，通过“参与”现实的能动过程，融入具体历史语境中的社会法律实践，进一步，不断实现在社会法律实践中警惕、批判、瓦解任一“独断”霸权的目的。而这一切，都将全面而又彻底地实现法学知识及作为法学研究者的知识分子，其原本就应具有的“积极参与式”的人文关怀、社会责任感。

最后，若有读者认为，本章全文论述针对“法学知识科学性”的学术情结而言，颇有浓重的怀疑论倾向，则我十分乐意接受这一判断。但必须强调，不能因为“怀疑论”一词的贬义，及由此而来的语词“谴

责”直至修辞“压制 ”，拒斥问题的认真分析。问题的认真分析，或许可使我们发现，在法学与法律的语境中，这类“怀疑论”完全可能机巧地融入“理论来自实践并在实践中发展”这一人人又均乐意接受的朴素判断，并使其增添新鲜生动的学理认知含义。

需重申，作为本章出发点和中心点的“法学知识无法成为普遍客观精确”的陈述，当然不是新颖见解；但正如本章开始部分所提示的，对法学知识生产的“社会性考察 ”，对其细致的“微观”分析，而且最重要的，将其中隐藏的具有中枢作用的“法律概念”诸词汇“探讨性”使用揭示出来，可赋予这一陈述新的意义和学理力量，驱散其头顶被罩盖的具有歧视压抑用意的“相对主义”修辞阴霾；进一步，同样最关键的，可使我们更关注、更好理解法学知识的“实践参与性 ”。依此看，重新检视“将法学知识变为科学知识”的学术努力，便是重新质问、追究、反省法学知识及学者的社会责任立场，便是重新寻找法学知识曾经失去 ——或可能将要失去— —的“实践天堂”。

第二章　法学的“全球意义”——从民国时期三种法理知识的生产看

回顾过去是解释现在的最常见的策略。使用这种方法的原因只是由于对过去发生了什么和过去是什么样子产生了意见的分歧；还有关于过去是否真的已经完全彻底地过去……[129]

前面一章，从“历时性法学”和“共时性法学”两个层面，剖析中国的法学 “科学主义 ”；分析进而论证，法学“科学主义”包含难以克服的逻辑困难。为深入考察这一逻辑困难，前面一章，引入法律语词的“探讨性使用”的概念，且与之呼应，引入“学术中的法律理论与实践中的法律理论的相互关系”的分析框架。结论是：法学知识只能且应当成为法律实践的组成部分。本书中，这一结论为核心。

这一章，从中国近现代法学的角度，拓展进一步的分析层次；将表明，因为中国当代法学和中国近现代法学存在密切关联，且中国近现代法学，特别是法学职业意义上的法律学者所发展的法学，具有“中国当代法学”的历史发动意义，故从其入手，可在历史纵向上，深入理解中国的法学知识与法律实践彼此关系的逻辑结构。

这一章，将通过法律实践的角度，在分析近现代中国法学的理论生产模型，及该法学展现的“全球意义”时，论证在近现代的历史时期，中国的法学知识和法律实践的关系已经预示“你中有我 ”“我中有你”的辩证关系；而一个“法律行动者”的视角，对此具有重要揭示作用。

具体说，这一章，围绕民国法律学者的一些法学文本，及其他历史资料，从细节上考察民国时期某些值得关注的“法理知识生产”，包括其中的学术纹路及论证机制。这一章，以此作为进入路径，逐步揭示并解释，这一特定时期法学的某种全球意义；逐步揭示并解释，这些法理知识生产“如何可成为世界法学生产的一个组成部分”（而非“中外法学对立”的一方），及这些生产与其时中国多元微观法律、法学活动因素的复杂关联。特别重要的，这一章，将深入解释特定的“社会角色”如何将法律理论和法律实践勾连起来，进一步，将前面一章的理论分析，在历史经验材料的层面上，加以推进。最后，这一章将表明，这些揭示、解释和推进的深层意蕴何在及一个视角，即“法律行动者”的视角，对全书主题具有怎样的深层意义。

一、问题

针对民国法学的历史变迁，学界一直存在一个重要表达：迅速变革时期中的民国法学，在面对外国法学时，特别是面对西方法学，基本呈现了“移植接受”“对抗拒斥”和“妥协折中”的三种状态。[130]

在我看，这种“表达”，的确反映了某些方面的实际情况，且反映了主要方面，但也存在两个重要问题。第一，这种“表达”，未对其时中国法学与外国法学的关系更精细地考察，通过三种状态的解释，无形建立了较整体绝对的“中外法学彼此分立”，尤其是“中西法学彼此分立”，遮蔽了另一层面或许颇有价值的民国法学的“独立生产能力”，[131] 及由此而来的“世界法学性质的对话形态”。第二，与前一重要问题相联系，这种“表达”，建立了一个“外国法律文化在遭遇中国法律文化之际如何进入、受阻”的历史理解框架。这种框架，一方面，强化了外国法律知识与中国法律知识在“政治”上的关联意义，即外国法律知识如何可作为政治工具进而“富国强兵”，或中国法律知识如何可作为政治工具进而“抵御外夷”；[132] 另一方面，淡化了外国法律知

识与中国法律知识在法律层面上— —尤其是法学层面上— —的关联意义，换言之，这种“表达 ”，易使人们遗忘这一时期外国法律知识和中国法律知识，这两者与中国多元微观法律、法学活动因素的复杂关系，从而使人们不能发现，其时法学知识，如何与这种复杂活动因素产生互动，这种复杂活动因素，不仅包括微观狭义的法律操作，如立法司法活动、对具体现实的“法律关注 ”，而且包括法学运作的学术建制，如教学、研究、编辑、出版。而就法学知识的本身特性看，从这种互动角度去理解民国法学变迁，更有意义。

上述两个重要问题，与忽视这一时期法学的“全球意义 ”，存在密切联系，且从深层方面说，与忽视一个“法律行动者”的视角的隐蔽作用，存在密切联系。

二、民国法理知识的生产方式

民国时期，法理知识生产的表现形式多种多样。对本章试图揭示且解释的某种“全球意义”而言，首先特别值得注意的，即为“从微观法律经验入手，逐渐推理论证自己的法理观点”。

1934年，张志让发表《借英国法中许多希奇有趣之点来阐明法律的性质》一文。[133] 此文中，张志让的分析论证，便属于“从微观法律经验入手，逐渐推理论证自己的法理观点”。

首先，细节上，张志让着重分析英国17—18世纪若干民事侵权案例中的法院判例，解释英国其时普通法中的刑法，指出英国17—18世纪的法律尤为保护不动产，而对动产和人，保护十分有限。张志让认为，这种现象所以出现，缘于英国普通法从封建时期发展而来，而在封建时期，土地等不动产属于最重要的财产。随后，张志让转入考察英国17—18世纪以前的一些法律规定，如英国1436年的谷物出口法

律，1463年的谷物进口法律，及17—18世纪以后的一些法律规定，如1812年的惩治破坏机械行为法律。当然，张志让另细致分析1890年斯坦利诉鲍威尔（Stanley v. Powell）民事侵权案的法院判决。在他看，这一判决，明显表现了并不关心对人的保护。他认为，英国17—18世纪以前的一些法律，因为当时的经济需要，对谷物一类的动产保护特别明显，对不动产，并不重视；而这一时期之后，进入工业化的19世纪，法律对动产的保护非常类似17—18世纪之前。但不论何时，一个共同点则是，英国法律对物的保护超过了对人。[134]此外，为辅助论证，张志让引用民国时期的《惩治盗匪暂行条例》和其他民国时期的刑法，说明因财产恐吓、绑架会被处以死刑，而因侵犯妇女权益（如买卖、奸淫妇女）出现恐吓、绑架仅处徒刑，其显然是着重保护金融资本产权，对人身较轻视的结果。同时，张志让解释了民国时期法律为何如此的社会经济原因。[135]张志让进而指出：

富有财产的人……的身体是被他的财产所围绕起来了。因此他的身体所需法律上的保护，就并不甚多。[136]

法律向来是在这种人的手里产生的，所以它所注重的在财产，而不在身体……握有这项财产的人就成为当时最有力量的人。[137]

故在张志让看来，法律的性质在于保护“握有生产机关的人的利益”。[138]

张志让的论证，不能认为非常严密。材料使用上，其文本本身便提到，17—18世纪英国曾有羊毛出口的刑罚规定，该规定十分严厉，对运输羊毛者不仅钉悬示众，而且二次运输时处以死刑。[139]在此，人们似乎不能认为，17—18世纪对动产的保护不能和不动产相提并论。此外，其文本论说，主要是不完全归纳式的，极易遭遇相反例证，从而使自身观点难以成立。

但此非关键。关键是，作者运用了细节化的经验推论，且提出了自己理解的法理知识。作者首先提出问题，如开篇提出，“人比财产为重，这是一句大家承认的话；然而在法律上却是不然……这何以见得呢”？[140] 其然后运用上面提到的“法律经验”，加以研讨，以此为基础，推进深层次的问题和论证，继续运用“法律经验 ”，反复演绎辩驳，最后提出自己的法理理论。不难发现，这是法理知识的一种实质性的生产方式。此外，张志让借助法律经验论证法理知识，不属于“通俗论说 ”。法律是务实的，目的在于解决社会实际问题，从而十分复杂。故从复杂的法律经验中挖掘、推演法理知识，特别是一般性的法理知识，我们也就可将其理解为无须凭借他者的扶助和支持即可展开且深入，将其理解为法理知识的一种“具有独立能力”的生产过程。

张志让的学术运作方式，在民国时期其他一些学者的法学操作中，也可见到。如1933年，在《法律与正义》[141] 一文中，江镇三通过西方国家、日本及民国的丰富立法实践，逐步分析论证了法律与正义的关系，认为与法律相关的现代正义的核心意义在于“中庸持平 ”，法律不能无视“中庸持平 ”。[142] 在有关立法实践的陈述中，为辅助论证，其运用实例，尤其提到当时普遍争议的一个法律现象：甲未经乙同意在乙所有土地上建筑房屋，当乙不通过公权力而是以自己行动拆毁甲房屋时，在法律上，应如何看待乙行为。针对这一法律现象，他详尽分析对立观点，推进辩驳，指出现代刑法，如1925年德国、澳大利亚和瑞士的刑法，已用中庸方式予以解决，适时在法律上不否定乙行为。[143] 首先提出问题，后在“法律经验”中推论，再设问、再推论……使江镇三的法理生产方式，类似张志让。

民国另外一些法律学者，亦有相近学术运作。如在《法理学与近代法律变迁之趋向》一文中，维华指出：

吾人探讨法理学之先，必知法理学者既非“术”之一种，更非哲学；乃研究法理之科学也……盖凡一种有系统之科学，必有具体之材料供其研究始可，如文法学必有方言为其资料；法学亦然。[144]

而较早时期，在《护法及弄法之法理学的意义》一文中，陈启修认为，法学属于学术，学术总要历经“事功”到“事理 ”；“事功”意味着认识事实经验，“事理”则是在知其然的基础上，探求所以然。[145]孙渠也曾概括指出：“极奥妙之学理恒得以极浅显之事实证明，似可骇异，然学理之价值正在于此。”[146]

现在，观察第二种法理知识生产的表现方式：“运用各种常识理论资源，逐步论证自己的法理观点。”

1922年，吴经熊发表《法律的基本概念》[147]一文。这篇文章中，吴经熊提出一个观点：法律根基在于“理 ”，而“理”既绝对又相对。[148]首先，为论证法律的“理”既绝对又相对，吴经熊运用了“对‘公平’的理解时常因时代不同而不同”的常识理论资源。他指出，“法律应该公平”这一陈述，是普遍的，在任何时候不能舍弃，否则即违背了“法律的命意 ”；但公平内容，则是变化的。如中国古时，视“出妻 ”为十分公平，“曾参的妻服事曾参的母亲稍稍不周到一些，曾参就把她驱逐出了……照我们眼光看来，不觉为曾参的妻代抱不平；因为我们的脑筋中只有离婚的事，没有出妻的事 ”；[149]故吴经熊的意思是，从“公平理解”的相对性出发，即可理解法律的理的相对一面。[150]其次，吴经熊提出“幸福理解总会因人而异”的常识见解，以此进一步论证“法律的理”的绝对与相对。他说，对幸福所提出的定义，总是不同，幸福定义随着观念的变化而变化，故“伊壁鸠鲁以身心逸乐为幸福，庄子以逍遥世外为幸福，老子以无为为幸福，孔子以大同为幸福，杨朱以一毛不拔为幸福”，[151]这就如同“衣”“食”“住”“教育”不过是普通名词，古代将“兽革木叶”视为衣，将“茹毛饮血”视为

食，将“穴居野处”视为住，将“钻木取火”视为教育，而现在，则远非如此。[152]但幸福人人都要提到。故涉及幸福问题的法律，其理既绝对又相对。[153]再次，吴经熊运用“权利自由总是有限”的常识理论，佐证自己的基本观点。他提出，尽管某些时代一般人的权利自由的范围比较广泛，某些时代则相反，但“无论什么权利— —即使我们现在所梦想不到的权利— —也不可越出‘不损害别人的权利’的限制 ”。[154]“权利的名目不变，而权利的内容却是无定 ”。[155]故涉及权利自由的法律，是在绝对和相对的关系中确立发展。[156]

某种意义看，法律原理的确和常识观念存在密切联系，以常识道理作为根由。此外，运用常识理论资源论证法理观点，犹如其他学术论证，其基础在于人们对常识理论的自然认同。常识理论，如同日常经验，人们难以否定，故可用作推理论证的重要手段。针对吴经熊的“法律的理既绝对又相对”的观点，虽然可提出不同看法，指出其观点不过是“名实”问题的法学延续，[157]但依然可认为，其不断搜寻常识理论，在复杂生动的常识理论和法理知识之间建立不断更新的学术通道，是法理知识的另外一种“具有独立能力 ”的生产方式。因为，这种生产方式，依然无须凭借他者的扶助、支持，即能在推论上展开、深入。

与吴经熊类似者，亦有他人。1923年，张君劢发表《政法上的唯心主义》[158]一文。文章中，张君劢论证了立法问题应由 “衣食住行超脱者 ”，而非“衣食住行打算者”来解决的观点。张君劢的论证，依据两个常识理论：其一，“衣食住行打算者 ”，总难以思考真正的精神问题。其二，凡游戏展开前，总要先定游戏规则。[159]他认为，两个常识理论相互关联，即“先定游戏规则”首先意味着“衣食住行无忧 ”，故只有“衣食住行超脱者 ”，才能解决立法这种精神问题。[160]

1930年，在《法律解释论》[161]一文中，朱显祯论证了自己的法律解释观点。他指出，法律文字载体所含意思，应以一般人的合理判断为依据。[162]论证时，其不仅运用其他法律理论资源，而且运用四个常识理论：第一，“书信之解释，在以明确发信者之具体思想为目的”；第二，“谚语与格言等解释之目的，在以究明一般人对于谚语格言自体可以认出之抽象的思想”；第三，“又法律行为加以表意人之真意认为其内容时，则法律行为之解释，其目的在探究表意者之真意”；第四，“若以一般交易上所认表示行为之意思认为其内容时，则法律行为解释之目的，当然在确定依表示行为自体之合理的判断所推论之意思”。[163]可发现，朱显祯提到的四个常识理论，人们一般较易赞同。

再看民国法理知识生产的第三种表现方式：“结合古今中外已成学说展开论证”。

作为一种“观点表现”的法理知识，在古今中外的法学学术中，总是“似曾相识”，这意味着，针对法律、法学问题而提出的“观点”，除个性化的表达方式外，大体上常会出现“基本意思重复”的现象，[164]但此非停止法学生产的理由，因为，对不同“观点”进行考察，并以此为基础，推进法学学理的增长，依然可行。就此而言，关注此第三种表现方式，有其必要。

1913年，李晋发表《法律与道德》[165]一文。文章中，李晋主要论证了法律与道德之间的复杂关系。他提出若干观点：第一，古时法律与道德常不分彼此，“法律之起源，亦即道德之起源”；[166]第二，“法律所以治人，道德所以治己”；[167]第三，“法律所以范围正当之行为，道德所以养成善良之风习”。[168]李晋的核心思想在于如其所说：

夫世界维持人类之大经有二，一曰道德，一曰法律，二者相需而不离……苟缺其一焉，则其国浸衰浸弱，驯至于亡。[169]

论证中，李晋考察了各种学说观点，如今天习惯称谓的古典自然法学、历史法学、社会法学、实用主义法学、中国古代法家及中国古代儒家。其提到格劳秀斯（Hugo Grotius）、霍布斯（Thomas Hobbes）等，另提到孟子和古代罗马法学。李晋对各种学说，逐一分析，指出其意义及不足。在他看，大部分学说均忽略法律与道德的紧密联系，即使个别学说给予关注，但这些个别学说，依然未在特定的“动荡社会”条件下揭示两者的独特关联。社会激烈动荡时期，两者的相互依赖关系，显得尤为重要，在两者之间不能认为其一为主，而其一为次；它们只是互为内外、相辅相成。[170]

从今日学术的论证层次和学理分析意识看，与前文提到的两种表现方式相同，李晋的学术操作，依然较粗略素朴，但其结合各种前人学说，逐一分析得失，推演自己论据，在民国初期具体知识环境中，极为需要论及。这样一种运作，是以另外一种方式，搭建“拥有独立能力”的法理探讨平台，其机制，自然孕育着法理知识生产的所需条件，其学术旨趣，显然在于推进普遍意义的学理增长。

在当时吴经熊发表的《关于现今法学的几个观察》[171]、丘汉平发表的《法律之语源》、[172]黄右昌发表的《现代法律的分类之我见》、[173]燕树棠发表的《自由与法律》[174]的文本中，也能发现“结合古今中外已成学说论证自己的法理观点”的典型表达。在自己文本中，吴经熊探讨了若干法律基本问题，如法律渊源、司法技艺。提出观点时，其常将古今中外的各种学说加以分析，指出问题，论证自己学理的“增长”。[175]丘汉平则结合中外各种“法律”语意学说，论证了“法律”一词的含义可分为二，一是抽象，二是具体，并提醒学者，首先应注意“法律”一词的抽象用法和具体用法的区别。[176]黄右昌则

认为，“根本法有二种：一为宪法，二为民法。其他非宪法的附属法，即民法的附属也”。[177]此外，黄右昌提出母法与子法、团体法与社会法等分类，而这些分类，均以批评公法与私法之分、国际法与国内法之分、一般法与特别法之分等各种学说，作为基础。[178]燕树棠更是些许不留情面地指出，法律究竟是扩大自由，还是限制自由这一问题，世界许多学说总认为对其可作出定论，但“恐怕永远不能得到一个定论”。[179]这一观点，同样以批判中外各种主流法学学说，作为依据。[180]

当然，需指出一点，前面分析的三种民国法理知识生产方式，并非截然分开；在一个或多个法学文本中，这三种方式有时被民国法律学者交叉互用。

三、近现代法理知识生产中的“全球意义”

前面，着重概括了三种民国法理知识的生产方式。这三种方式，从今天看，并非新颖，或恰为人们所熟知，甚至熟练运用，但对于本章试图着重阐述的“民国时期法学的全球意义”，至关重要。

第一，其中，“中外二元对立”的预设前提，基本可被消解。

就张志让等“深入考察微观法律经验与法理知识的逻辑关联”的学术策略而言，这些学者，实际上，切断了“中外二元对立”与“日常法律问题”这两者的某些纽带。此意思并非说，其时不存在“中国”——更准确说“传统中的中国”——问题，及外国问题；而是说，这些学者能发觉，一定意义上，中外二元对立与日常法律实践，总是不同领域的问题。作为日常法律实践的“登记”“订约”“收养”“惩罚”“管制”，甚至“诉讼”等，不仅可以是中国的，而且可以是西方的，甚至可以是其他世界地域的。同时，这些日常法律实践，又可包含一定的“普适”内

容，又可表明其中并不必然要么一定属于“外国经验 ”，要么一定属于“中国经验 ”，要么只能在中外二元对立关系或亲和关系中，加以理解。当在其中提炼法律原理时，提炼本身，即意味着即使在外国法律实践经验中，依然可总结适用于中国法律实践经验的法理知识；反之，亦如此。某些法理知识，尤其作为一般的基本法律原理的法律性质的知识，可以且应当，说明更多世界地域的法律实践经验。

如张志让“法律性质在于保护有产阶级的利益 ”，江镇三“法律正义之间的‘中庸持平 ’”等观点，作为一类法理知识，即不仅可说明西方的法律制度实践，而且可说明中国的，包括世界其他地域的。其为非常重要的法律一般原理（尽管可争论），但完全可不包含“中外二元对立”的预设。

就吴经熊等运用“常识理论推演法理知识”的学术策略而言，民国学者，同样在自己的学术运作中，淡化“中外二元对立”与“日常法律实践”的某些关联，尽管这种淡化，就实际情况而言，也许是不自觉的。常识理论，常为一般接受的道理论说，从学术经验看，亦属不易反对，且在许多时代、许多地方总被人们反复运用，故这种理论，具有普适指涉的意义、内容。吴经熊提到的“幸福总是因人而异 ”“权利自由总是有限的 ”，张君劢提到的“衣食住行打算者总是难以思考真正的精神问题 ”“凡游戏展开之前总要先定游戏规则”等，作为常识理论，我们很难认为，其要么是中国的，要么是西方的，或是某个时代世界其他地域的。在各种民族、国家、文化、语言的思想文本中，我们其实不难看到其中相似，甚至相同的一般表述。某些情况下，各种文明，总会遇到相似生活经验，进而从不同角度出发，得出相似甚至相同的常识感受，概括同样的常识理论。就此看，通过常识理论阐发的法理知识，无甚可能仅带有“中国文化”标识，或仅带有“外国文化”标识。这种法理知识，可映射各种文明之下相当一些法律实践，尽管，并非所有法律实践。

从此意义看，“中外二元对立”的观念意识，在上述常识理论操作的法理知识生产中，失去了可辨识、可把握直至可论说的踪迹。故对吴经熊等所从事的学术工作，人们需努力发掘的法理知识生产模式，不是“中外二元对立”背景下的，而是“日常法律实践”具体语境中的。

就李晋等“结合古今中外已成学说论证自己的法理观点”这一学术策略来说，民国学者更明显地淡化了“中外二元对立”和“一般法律问题”的相互勾连。考察古今中外已有成说，从中展开法理推论，实际上，暗含略去“古代 ”“今天 ”“中国 ”、“外国”的法学最终权威的身份印记，及“外国强者 ”“中国强者 ”“古代优秀传统 ”“现代先进文明”的固定标识。而此身份印记、固定标识，在近现代，极易成为“中外二元对立”的间接表达和指示，甚至有时是直接的。如“古代”一词，或许已强调“从古而来的中外不同 ”；“今天”一词，可能已暗示“当下的中外对峙 ”；“优秀传统”一词，或许已直接呼吁“中国应当对抗外国 ”；“先进文明”一词，可能已直接主张“中国只能顺应外国 ”。弱化这种印记、标识，意味着学术生产者，正避开“中外二元对立”背景观念的控制，将“一般法律问题”视为相对独立的部分社会日常现象；同时，弱化中，各种学说，成为平等的参与理论交往的话语成员，其理论成立的合法依据，在于学说本身针对一般法律问题而来的解释能力，及论辩能力。如此，某些法理知识的思考，不应预设从古到今的“外国权威 ”“中国权威 ”，并由此展开、论述。以往所有已成学说，可能的确展现了针对某些一般法律问题的深刻理解，但随时间推移，学者思想认识的推进，其又必须重新接受审视、质疑。审视、质疑的目的，则在于再次深入体验“法律实践的日常场景 ”，从中搜寻挖掘法律本身也许具有的，而以往学说并未揭示的机制。

近代以来，不论政治文化领域，还是其他社会文化领域，“中外二元对立”总是基本的认知范式。从西方强势化的物质文明闯入中国后，中国知识分子作为中国思想主体，常易从“接受外国文明 ”（如 “全盘

西化”）、“反抗外国文明”（如“祖宗之法”）、“利用外国文明”（如“师夷制夷”“中体西用”）等观念角度，考察中国问题。此中国知识分子，当然包括中国的法律思想者。于是，外国法律制度、思想等“外国法律文化”，常被当作“中国法律文化”的对立参照，树为想象中的“他者”。“他者”，要么成为可被仿效的“先进范例”，要么成为可被拒绝的“奇技淫巧”。

需承认，“中外对立”的认知范式，一定意义上，可以理解，而且也需理解，因为，当时中国身处政治经济还有文化— —有时文化更加重要— —的“殖民主义和民族主义”的争斗之中。但在这种范式中，具有一定普适通约的法律制度的具体原理研究，终究被忽略了，人们更多从“宏观政治化的法律工具”，而非“微观法律化的法律内容”，追究法律自身的机制。

与此不同，上述三种法理知识生产的民国学者，自觉或不自觉，在研究中设定了“法律原本问题”的学术预期，疏离了“中外二元对立”的认知范式，在这种学术预期和预设前提之间，开辟了必要而又带有学科边界意义的知识距离。同时，其所凭借的这种学术策略，将外国法律文化包括中国传统法律文化的话语霸权，悄悄地放逐，因为，这些民国学者，不甚在意外国或中国传统的法学、法律所说，而是直指实际的法学、法律问题，并在细密辩驳的基础上，展开法理推论。故在“预期”“疏离”“放逐”“直指”中，即可发觉一种“全球意义”。

第二，上述三种生产方式，均未固守“地方性文化”的观念。

以张志让等人的法理知识生产方式论，可明显发现，“普遍法理知识如何可从特定地域法律运作中挖掘提升”。这种方式，其中既有具体微观的外国法律制度，如英国的侵权法、出口管制法，也有具体微观的中国法律制度，如民国时期的盗匪惩治法。但具体法律制度仅表现“具体例子”的指示意义。更需指出的，则是具体法律制度，作为“具

体例子”，亦可相互替代；换言之，将“具体例子”原有的地域国家标记予以更换，如在“中国……法”中置换“英国、德国、法国”等前缀标记，或在“英国、德国、法国……法”中置换“中国”前缀标记，并不影响原有具体例子的解释功能。因为，张志让等人所运用的具体法律制度例子，其所指示的内容，总在各个地域国家可被发现。侵权处理、出口管制、盗匪惩治，作为法律内容，不论在何地域国家，均可被看到，尽管表达、表现方式可能存差异。这意味着，具体法律制度，在这种生产方式中，并不带有文化意义的地方性。也由此，从中发掘提升的法理知识，亦无地方性。

在这个意义上，可深入理解，作为法理知识探讨，为何其时李晋指出：

英人某曰：读法律万卷，不能见一爱字，盖言法律之酷薄寡恩。与《汉书·艺文志》叙法家者流，谓其去仁爱，任刑法，残害至亲，伤恩薄厚之言，东西若出一辙。[181]

以吴经熊等运用“常识理论推演法理知识”的学术生产方式论，同样可明显发现，“普遍法理知识如何可从具体常识理论中加以推论”。不能认为，所有常识理论，均无地方性文化印记，但的确可认为，吴经熊提出的“对‘公平’的理解时常因时代不同而不同”“幸福理解总会因人而异”“权利自由总是有限”，张君劢提出的“‘衣食住行打算者’总是难以思考真正的精神问题”“凡游戏展开之前总要先定游戏规则”等常识理论，没有地方性的文化印记。不论中国，还是外国，自然可发现“公平理解的相对性”“幸福理解的相对性”“权利自由的有限性”“精神思考以衣食住行为前提”“游戏规则需先定”，因为，不论何种地域国家的社会生活，在这些方面，总会出现相互重叠内容。一般看，用以论证普遍法理的常识理论，总是“普遍通约”的，毕竟，作为论证对象的法理知识，希望说明所有法律现象。这也是有些外国法理知识在

中国可运用，相反，有些中国法理知识在外国同样可运用，其缘由所在。当然，这里所提到的“普遍通约”，并非绝对。

以李晋等结合古今中外各种学说论证法理知识的学术生产方式论，依然可明显发现，“普遍法理知识如何可从各种地域的成说中辩论产出”。在李晋等人的学术操作中，“各种成说”，作为例子，是没有地域代码的。“各种成说”，仅作为“例证”化的学术言说，而被树为对话目标。这些成说，略去民族、国别的身份标志，依然可作为论辩对象予以审视。就李晋等人提到的格劳秀斯、霍布斯、孔子、孟子的理论，及自然法观念、社会法观念、实证法观念的理论来说，我们很难认为，只有这些个人或派别，才提出被赋予“他（它）们地域”之名的特定观念，很难认为，这些个人或这些派别的理论，要么是彼地方的思想观念，要么是此地方的。实际上，除语言表达及阐述方式的修辞区别之外，其他地域的个人或群体，依然可能提出过类似的理论意思。[182]不论理论意思由谁提出，在李晋等人的学术操作中，其均需作为没有独特地域代码的学术陈述被讨论，而这种讨论，目的在于深入推进法理知识的理解思路。因此，地方性的观念，同样失去了其所依附的寄生场所。

应指出，针对近现代以来的中国法学理论知识的生产而言，“地方性文化”的观念，常和“中外二元对立”的观念，存在若即若离的合谋关系。某种意义上，前者常是后者的延续，或延伸，甚至成为后者的内在基石之一。不论坚守“地方性文化”互斥性的观点，还是主张“地方性文化”兼容性的观点，常预设“中国”的地方存在和“外国”的地方存在的区别。[183]这种区别，当然不是地理意义的，或不仅是地理意义的；这种区别，首先是“民族国家”意义的。此外，从更重要的方面看，“地方性文化”的观念，有时包含“从中国看外国后从外国看中国”的考察立场，包含欲从这种考察立场出发，思索如何在两者中实现“改变中国”“保留中国”“接纳外国”“反抗外国”的政治设想。

应看到，民族国家的“某些部分”，具有自己的地方性，但伴随民族国家的各种交往，包括政治对话（或殖民或抵抗）、经济交易、文化传输等，各个民族国家，总会在某些方面，或某些问题上，遇到相似甚至相同的法律焦点，从而在地方性上形成交叉互补意义的共同法律对象，进而，淡化法律地方性的“自我”和边界。此外，伴随民族国家各种交往，过去处于“封闭”状态的地方法律文化，总会因为“他者”的进入、浸淫，逐渐开始从“自我是一个独立的存在”向“自己是世界的一个组成部分”转变。[184] 即使各民族国家之间没有各种交往，正如前文提到的，它们依然可能遇到类似的“登记”“订约”“收养”“惩罚”“管制”甚至“诉讼”等具体法律问题，展开类似的法律实践。避开“地方性文化”的观念，并不意味着否定特定法律所具有的“地方性生成”的环境条件，及这种条件和法律的紧密制约关系；而是意味着，应注意某些方面的法律知识原理所具有的广泛共享性、交互性。同时，这种避开，也潜在意味着，某个地方性法律并不具有所谓天然的先进性、“领导性”，及一个地方性法律尤其是西方法律，并不具有所谓的引导世界法律发展的现代性，而且，也潜在意味着，应淡化一种地方性法律的“优秀经验”，及另种地方性法律的“落后教训”的定式思考。故问题的重要，依然在于法律知识原理的本身构成及在一个地域的法律中，是否依然可发掘“普适通约”的法律理解；问题的重要，并不在于两种或多种地方性文化之间的二元对立，或多元对立。

前述民国三种法理知识生产的方式，当然并不一定具有这样的自主性、自觉性，但其中，的确包含了避开“地方性文化”观念牵制的学术智识。如此，一种“全球意义”，逐渐凸显。

概言之，消解“中外二元对立”的认知范式，避开“地方性文化”的观念，并在细节上演绎推论、反复辩驳，不论是否自觉，均标志三种民国法理知识生产及由此而来的法学，具有“全球意义”，标志其可成

为“世界法学生产的一个组成部分 ”，并且，这种 “全球意义”和 “可成为 ”，直指法律原理知识本身的内在机制。

四、法学“全球意义”的主观构建

为何其中可看到“全球意义 ”，且其“可成为世界法学生产的一个组成部分”?

在我看，首先应注意一个现象：民国法律学者，有时以“世界学术成员”的姿态进行学术操作，尽管，此未必有意而为。当时，一些民国法律学者，有如今天所见，言必称西学如何、国学如何，言必称西塞罗（Marcus Tullius Cicero）、洛克（John Locke）、萨维尼（Friedrich Carl von Savigny）、边沁（Jeremy Bentham）、奥斯丁、狄骥（L éon Duguit）、霍姆斯（Oliver Wendell Holmes）、庞德（Roscoe Pound）、孔子、孟子、韩非子等“大师”，仿佛从中，才能汲取法律的基本原理。但某些民国法律学者，则是“尤愿陈述学理”，[185] 试图讨论“法理的精微处所 ”，[186] 其理念是“世界各国法律思想之趋势，与时俱进… …”[187] 其追求是“一切学术之性质，与时俱进… …”[188] 一些民国法律学者，似乎试图以不经意的方式，淡化“或外国或中国的强势法学 ”“或外国或中国的弱势法学 ”，淡化“经典法学”与“边缘法学”的位置，而直接进入法律原理的自身结构。

在前面提到的张志让《借英国法中许多希奇有趣之点来阐明法律的性质》一文中，可发现，作者提到了当时著名的美国法律学者霍姆斯、英国法律学者塞尔芒德（John Salmond），并对其提出批评。张志让指出，对于民事侵权行为的某些问题，两位学者，包括其他西方学者，并未作出较佳解释。关于张如何批评，举例说明。文中，张志让说，17世纪的贝斯利诉克拉克森（Baselyv.Clarkson）案中，被告在自己地上割草，因自己地界与原告地界模糊，被告越界割去原告一些

地草，法院认为侵权成立，但在斯坦利诉鲍威尔案中，被告合法使用枪支猎射山鸡，枪支一发子弹碰到树枝后方向改变，误中原告，法院认为并不存在侵权问题。对于法院的不同判决，霍姆斯和塞尔芒德，均试图运用“不可免的事故”和“不可免的错误”的区分方法，作出解释。这意味着，在斯坦利诉鲍威尔案中，被告开枪时，没有预见结果，同时这种没有预见不是由于自己的疏忽，此时出现的原告受伤是“不可免的事故 ”。反之，在贝斯利诉克拉克森案中，被告割草造成的结果，是被告知道的，只是由于误认原告的地草是自己的，才出现误割。被告出现的误认，不是缘于被告的疏忽。如此，被告的错误是“不可免的错误 ”。张志让认为，两个学者的观点虽有道理，且两种侵权的区别的确存在，但两个学者并未说明，为何两个案件中当被告均为“无咎”时，其一承担责任，其一没有。以此作为基础之一，张志让进一步论证了自己的法理观点。[189] 显然，张志让具有在微观层面上展开世界学术对话的潜在动力，[190] 并不试图简单在中外二元对立中，对抗或接纳外国法学、中国传统法学。揭示法律原理的自身含义，在张志让看，至关重要。

吴经熊在《法律的基本概念》一文中，为展开自己“法律的理”的论证，阐述了中国宋明时期儒家的相关概念，及欧美18世纪法学家的自然理性概念，且指出：

据我看来，宋明诸儒的理和欧美十八九世纪的理是个照照灵灵不可捉摸的理，其流弊就像戴东原先生所说：“启天下后世人人凭在己之意见而执之曰理，以祸斯民。”又如顾亭林先生所说：“置四海困穷不言，而讲危微精一！”。[191]

吴经熊认为，应在世界的学术变迁中理解相关的法理讨论：

中国宋明诸儒为了这个理字，质难辩论，曾用了一番苦工。但其结果真理愈弄愈涩……清代诸儒以为前车可鉴就起了一个大反动，这

个反动在中国思想界至今尚占势力。欧美十八九世纪诸法家亦想专恃一个理字来解决一切法学上问题。现在二十世纪的一般法学巨子新近也起了一个大反动。[192]

在吴经熊看，后人应意识到：

理是个实事求是的理——固非玄想中之理，又非书本中之理，却是社会日常行事中之理……情即是理，理即是情，情和理固属一而二二而一的，万万不可分离而讲。[193]

吴经熊十分注意学说中的世界学理动态，以展开自己的法理研究。另外可注意，在《法律的基本概念》一文中，当阐述"法律的标准"时，吴经熊认为，中国传统经典人物老子、孔子、庄子、杨朱等，及外国传统经典人物伊壁鸠鲁、边沁等关于"幸福"的观念，"都是个人幸福观的不同"；吴经熊指出，当下法学学术，实际上应注意的则是，"一时代有一时代的幸福观，和别的时代迥然不同。既是这样，我们可说幸福的名目虽然不变，幸福的实质却是各时各别的"。[194]这些叙述，展示了吴经熊在法学学术语境中进行对话的世界学术成员姿态。故其时张君劢评价："盖吴君越脱成文法派之束缚，而为法界开一新生面之旨趣亦在是矣。"[195]后来更有学者认为，吴经熊的学说，"轰动欧美，跃居领袖之地位矣"。[196]

前面一节提到李晋《法律与道德》一文，其则属于直接进入世界学术话语且展开学术对话的文本，更明显表现了作者世界学术成员的姿态。

此外，可注意其他一些重要范例。如在1929年发表的《法律不容不知之原则》[197]一文中，关于"不知法律规定不能成为对抗法律责任承担"的原则，费青分析了各种法律实践、学说。首先，其追溯自优士丁尼（Flavius Anicius Justinianus）《学说汇纂》以来的大陆国家法律

规定、法律判决；其次，其概括了英语国家的法律规定、法律判决。以此为基础，其分别讨论布莱克斯通（WilliamBlackstone）、奥斯丁、霍姆斯、塞尔芒德、波洛克（Frederick Pollock）、阿莫斯（Sheldon Amos）等人的理论。费青指出：

以上诸说之仅具片面理由，无俟申述。[198]

虽然文章最后，就西方而言费青认为：

社会法学派之创法律相对性与归纳性也，盖深察乎人事之变幻无穷，正义之时地各异，法律非得执一而不变。[199]

但费青同样提出自己看法：

所贵于法者，惟人善于运用之耳。[200]

而在《从“法”说到“宪法 ”》[201]一文中，阮毅成运用追问方式，直接剖解奥斯丁实证主义学说和西方古典自然法学说的问题，及德国学者耶林（Rudolf von Jhering）等人学说的问题，进行法理论证。[202]阮毅成指出：

耶林说，因为只有国家有强制权，故法仅能在国家中存在。

其实，法的强制力，并非得之于国家，乃是得之于社会生活中的事实规则……就是确由国家制定的成文法律，其强制力也不为国家所独掌。[203]

在朱怡庵的《法的本质》[204]一文中，亦能发现作者站在反资产阶级立场，对各种西方法理学说展开批判。朱怡庵提到，法的本质，需从阶级利益角度予以理解，且法律需从政治力量均衡的角度予以理解。[205]另外，在萧邦承的《社会法律学派之形成及其发展》[206]一

文中，依然可看到作者对当时十分流行的分析法学、历史法学、新康德法学、新黑格尔法学等法学流派的批评，同时看到，作者对社会法学不足的揭示。[207] 在费青、阮毅成、朱怡庵、萧邦承的文本中，同样可发现作者宽阔的世界学术视野，及世界学术成员角色的担当。

为理解前面一节概括的三种法理知识生产方式，其次应注意另外一个现象：民国法律学者，常不仅注意当时人们通常认为的"最为重要"的人物、文本，且注意人们通常认为的"较为次要 "——甚至不重要— —的人物、文本。

以燕树棠为例，在《自由与法律》一文中，关于主题，其不仅考察各种外国学说，且在参考文献中，开列相当数量并不十分显赫的法律学者著述，标注页码。[208] 某些外国学说内容的阐述，及若干参考文献的标注，表明作者对"较为次要"的法学著述的关注。就学说内容阐述而言，其时一些最重要法学的人物思想和较为次要法学的人物思想，在燕树棠文本中，呈现了对立冲突的学术景观。如在介绍分析人们熟知的英国法律史学者梅因（Henry Maine）的"从身份到契约"这一著名现代性法学观念后，燕树棠指出，英国的几位法律学者，波洛克、戴雪（Albert Dicey）、梅特兰（Frederic Maitland）等，对"他的主张都有些批评"。[209] 波洛克认为，以往任何国家、任何时期"在法律上并不把婚姻看作合伙，各国的立法也没有这种的趋势 "；戴雪认为，"现代劳工赔偿法所以承认工人要求损害赔偿之权利实在是因身份而取得，并不是因契约而取得，并不得以契约取消这种权利 "；梅特兰则"研究法律的历史，观察到民族的品格、智慧、制度，实有根本相异之点，所以认为不应该定下一个狭隘的概论 "。[210] 从当代眼光看，波洛克、戴雪和梅特兰等，也许已是著名、较为重要的法学人物，但在1934年以前的世界法学中，尤其相对梅因这位当时历史法学的最重要代表人物之一而言，他们的学术声音，则可视为法学边缘。[211] 就参考并不著名的学者著述文献而言，燕树棠在文章最后，开列

如美国学者布朗（William Brown）的《现代立法主要原则》（Underlying Principles of Modern Legislation）[212]、霍競（William Hocking）的《法律哲学与权利哲学的目前状况》（Present Status of Philosophy of Law and of Rights），德国学者盖瑞斯（Karl Gareis）的《法律科学导论》（Introduction to Science of Law）等并非十分知名的法学文献。[213]

其他类似民国学者，如黄右昌，在其《现代法律的分类之我见》一文中，参考了德国学者布兰奇里（Johann Bluntschli）的法律分类理论，及德国学者凯斯克尔（Walter Kaskel）的《法与经济》（Recht und Wirtschaft）和《法律与国家科学词典》（Enzyklop.die der rechts- und Staatswissenschaft）。[214]朱显祯在其《德国历史法学派之学说及其批评》[215]一文中，参考了德国学者图尔（Heinrich Th .l）的《商法》（Das Handelsrecht）、施瓦奈特（Hermann Schwanert）的《法律与习惯》（Gesetz und Gewonheit）。[216]在《关于现今法学的几个观察》一文中，吴经熊同样提到美国学者凯尔尼斯（HuntingtonCairnes）的《法律和人类学》（Law and Anthropology），法国学者鲍内凯斯（Juli en Bonnecase）的《法律科学和浪漫主义》（Science du droit et romantiseme）、瑞博梯（Emile Ripert）的《债权关系中的道德诫律》（La règle morale dans les obligations civiles）、黑瑞欧（Maurice Hauriou）的《法律哲学和社会科学》（La philosophie du droit et sciences sociales），德国学者鲍兹（Alfred Bozi）的《法学的世界观》（Die Weltanschauung der Jurisprudenz）等并不十分知名的法学文献。[217]而张鼎昌，在《比较法之研究》[218]一文提到法国学者塞琉斯（Raymond Saleilles）的比较法学说，波斯特（Allert Post）的《非裔法学》（Afrikanische jurisprudenz）和《法律人类学基础》（Grundriss der ethnologischen jurisprudenz）；[219]赵之元在《法律观念之演进及其诠释》[220]一文中，更考察了法国学者阿考勒斯（Emile Acollas）的《法律研究导

论》（Introduction á l’eude du droit）、狄曼梯（Antoine Demante）的《民法典解析》（Cours analytique de code civil），德国学者克劳斯（Karl Krause）的《法律哲学体系纲要》（Abriss des Systemesder Philosophie des Rechtes）、豪森道夫（F. von Holtzendorff）的《法学百科全书》（Encyklop.die der Rechtswissenschaft）、比洛兹黑默（Fritz Berolzheimer）的《法律体系》（System der Rechts），英国学者克拉克（Edwi n Clark）的《实用法学：评奥斯丁》（Practical Jurisprudence: A comment on Austin）、帕尔斯基（Agost Pulszky）的《法律理论与市民社会》（Theory of Law and Civil Society）。[221]

上述“较为次要”人物思想、文本，并非无意义，但相对霍姆斯、卡多佐、庞德、狄骥、惹尼（Francois Gény）、萨维尼、普赫塔（Georg Friedrich Puchta）、边沁、奥斯丁等“最重要 ”的人物思想及文本而言，在当时历史时期中，的确是边缘的。而实际上，对最重要的法学文献和较为次要的人物、文本的全景式关注，从侧面表现了民国法律学者的世界学术成员的主体姿态。就此而言，可理解，梅汝璈、吴经熊等民国法律学者，为何像美国法律学者庞德一样强调，其时不仅中国法学缺乏中心，而且世界法学亦缺乏中心；[222]“一切正在酝酿震荡扰攘— —这便是现在法学的状态”。[223]

此外，可认为，融合“最重要”人物、文本和“较为次要”人物、文本，意味着，将中心法学理论和边缘法学理论（相对而言）的界线逐渐消解，意味着，贴近法学理论与法律实践的原本连接。若认为法学理论和法律实践存在密切关系，法律实践是复杂的，体现利益纷争、立场对峙，则“不仅关注最重要法学而且关注较为次要的法学 ”，等于是在展现方位逐步扩展、视角逐步放大的对法律实践多元结构、复杂变迁的关注，同时，等于是在展现从微观进入法律实践活动的一种学术尝试。因为，无论“最重要法学 ”，还是“较为次要的法学 ”，均体现法律实践中一些法律观念的学术表达。[224]此外，展示“较为次要的法

学”人物、文本，等于为法理知识生产的学术运作，准备更丰富的背景资源。一时“最重要法学 ”和一时“较为次要的法学”的主次关系，时常可互换。这意味着，某一时期，被视为较为边缘的法学人物、文本，在另一时期，可被视为中心的；反之亦然。而通过全景式的将较为次要的法学和最重要法学纳入学术视野，则不会遗忘总有可能成为最重要法学思想的所谓“较为次要”法学。同时，还能洞悉，较为次要的法学和最重要法学，其间内在深刻的学术权力关系，即为何特定时期的一种法学，可获得相对的学术领导权的地位。在更深层次上，人们进而可拓展法学理论的思考资源，且进入真正广泛的法学全球视域。

为理解前面一节概括的三种法理知识生产方式，再次应注意第三个现象：民国时期，从事法理知识生产的一些学者，常类似外国某些著名法学学者，如萨维尼、霍姆斯，既精通法理学一般理论，又深谙部门法具体知识。换言之，这些民国学者，全方位地，常往返于法律一般理论和法律具体理解之间，包括法律教育。

依然可注意前面提到的民国法律学者。以张志让为例，其不仅发表一般法律理论论文，且发表《十九世纪中世界法律上新旧两大主义之嬗替》一文，详细探讨具体部门法中法律思想倾向的问题。[225] 此外，其发表《法国立法司法两权之消长》《捷克斯拉夫之宪法裁判院》《论宪法施行条文中关于设立省务院所应有之规定》《论我国国体在宪法上为联邦制》和《国宪应修正之点》等具体宪法宪政问题讨论的文章，[226] 及《关于私文书盖章问题之举证责任》[227] 等具体部门法的文章。20世纪20年代，张志让用外文教科书，教授外国法课程，其中涉及外国各种具体法律制度；1948年至1949年，其教授宪法原理。[228] 江镇三除撰写一般法律理论著述，另出版《新民事诉讼法要义》《刑法总论》。[229] 黄右昌发表《法律的新分类》、[230] 出版《法律的农民化》[231] 和《法律之革命》[232] 等一般法学理论著述，另发表《国民会议与职业代表制》《从组织法上说到组织的类别》

《县市自治法比较的观察与警察之关系》《县市自治法之制定及近数年来地方自治之检讨》等有关具体部门法的文章，[233]还著有《民法诠释·物权编》《罗马法》和《刑事政策学》等书。[234]1919年，黄右昌教授继承法、亲属法、物权法，且亲拟内容层次分明、论辩细致的民事诉讼实习案件题目。[235]与张志让、黄右昌类似，燕树棠除发表《国家与法律》《公道与法律》等一般法学理论著述外，[236]另针对具体法律制度问题，发表《中华民国宪法草案的初稿》《英美之陪审制度》《财政观念之变迁》《刑事责任问题》《私法上占有观念之两大争点》《国际法与国内法上之政治犯问题》《过错主义可否为侵权责任之唯一根本原则》等文，[237]且教授民法概论、宪法、国际私法，指导研究生张挹材的论文《司法调查》、崔道录的论文《隋唐法律思想与法律制度》。[238]丘汉平则撰写《违警罚法》一书、[239]《票据法总则释义》一文，[240]且更是撰写过《票据法第二十五条关于利息规定之研究》一文，[241]该文中，针对王效文《中国票据法》一书，探讨了相关具体问题。费青、阮毅成、朱显祯、李晋等，特别是吴经熊，我们在其著述中，既能发现为数不少的法律一般理论著述，亦能发现数量可观、有关具体法律制度的著述；[242]此外，我们另能看到他们在法律教育中，如何在从事一般法律理论讲授之时，展开具体法律制度的分析。

一定意义上，正是这样一种运作方式、策略，为民国法律学者法理知识生产的较细致的学理机制、论辩层次，提供了丰富的知识资源背景，进而使其法理知识生产，更趋“全球化”或“世界化”。

学术运作中，将法律一般理论和法律具体理解— —包括法律教育— —加以结合，可使学者在带有实践性质、微观细致的法律思考中，洞察法理的知识谱系。正如前面提到，具体法律理解中的问题，常是普遍的，可跨越地域边界，绝大多数民族国家总会面对，故从中发掘出的法理知识，也可具有全球化或世界化的印记。民国学者的这种学

术运作，尽管可能不自觉，可能是当时某些条件的限定结果（如从事法学教育的人员较少，因而一人身兼数种法律学科教育），但其毕竟在客观上，瞄向了法理生产的世界目标。换言之，一定程度的法学学术生产社会分工的界线模糊，或许恰可使法理生产及由此而来的法学，呈现“全球意义”。

五、法学“全球意义”的客观语境

世界学术成员的姿态，对学术对象文本全景式的关注，及将法律一般理解和具体理解予以融合，是使民国某些法理知识生产及法学呈现全球意义的“主观”的微观法学活动因素。现需考察相关的“客观”的微观法律、法学活动因素，及这种“客观”因素和“主观”因素的关联意义。

首先，上述民国学者，其中相当一些，社会角色上不仅是法律学问研究者，而且是法律实践参与者。以黄右昌为例，1930年，其出任南京立法院委员，[243] 1930年起，历任南京国民政府立法委员、大法官等职。[244] 屡次提到的吴经熊，1927年任上海特区法院法官，1928年春成为南京政府立法院立法委员，同年被任命为司法院法官，1929年被任命为上海特区法院院长，[245] 1930年开始从事律师职业，[246] 1946年为中国宪法的起草人之一。[247] 1927年，南京国民政府设立法制局，其着手起草各重要法典。时任法制局秘书的燕树棠，于1928年负责民法亲属编中通则、婚姻、夫妻关系、父母与子女之关系、抚养、监护人、亲属共七章、八十二条的立法起草。[248] 1936年9月16日，其以重要法学专家身份，参加“全国司法会议”。[249] 丘汉平则不断从事律师业务，自己亦曾提到：

因为律务的关系，所以每日只能规定四五小时读史，而大半时间多在深夜或早晨。[250]

在提到其时重要的东吴大学法学院时，有学者指出，这所吴经熊曾任院长的法学院，其中许多老师，均参加过立法活动。[251] 概言之，民国法律学者兼任法律实践者的社会角色，有如今天法律学者一样，非常普遍。

当然，兼任法律实践者的社会角色，并不意味着，可生产"全球意义"的法理知识，但这种兼任，为必要前提，同时，对某些前述学者来说，又为一个充分前提。此外，一般看，具体部门法的法律学问和日常法律实践，始终存在些许不同操作谱系、运作目标，故即使在与具体部门法相关的具体法律知识之中可摸近"全球化 "的法律问题，依然不能忽略现实中法律实践者社会角色的独特价值。作为法律实践者，法律实践中，必然需具体化地解决现实问题。这些现实问题，当然会与更宏观的民族国家"大"问题相互关联，但显然更会与更广泛的日常生活"小"问题相互关联。为解决日常生活"小"问题，法律实践者，一方面，要通过立法展开仔细应对；另一方面，要通过司法及其他法律运作展开深入活动。仔细应对和深入活动，自然会使法律实践者，在更广泛的日常生活"小"问题中，感悟、思考具体的法律问题。若具体法律知识常是普遍的，跨越地域边界，则法律实践者感悟、思考的具体法律生活内容及对象，亦为世界其他地域法律实践者时常所具体面对。于是，在"微观"的法律实践中，来触摸具有普遍意义的世界各个地域总要面对的法律机制，便具有更具体实在的基础、机会。完全可想见，通过法律实践者这种身份角色的要求、体验，某些民国法理知识生产者，自然而然会在法理思考过程中，置入具体日常法律问题的经验背景，在具体日常法律问题的思考中，激发法理知识的理论跃动。

其次，民国学者，当然是其中某些，时常对现实中"公共化 "的具体法律问题，表达自己的具体"法律见解"。如1926年春夏，北京出现悬挂外国国旗事件，燕树棠以"召"为署名，发表《北京城内的外国

旗》一文，分析“条约法律”的相关问题，提出自己的立场看法；在透露政治立场时，亦指出法律问题和政治问题的相互区别。[252] 更值得注意的例子，则是颇为具有象征意义的沈崇事件发生后，费青发表《皮尔逊强奸案翻案事答问》一文，其提到：

这个复核结果当然是不当，从而违反了公道，但是狭义地或严格地讲，不能说它是违法。我并非在替美国辩护，更不是在反讥美国以违法为合法。[253]

出于法学家的职业思考立场，费青从法理角度，深入分析此强奸案件的法律问题，而非简单进行“政治意义上的抗议 ”，简单从政治角度，指责美军士兵的暴行，及美国海军部对皮尔逊（Pearson）案的翻案。感情上，费青当然支持学生的抗议行动，且道义上，亦认为必须谴责美国人的各种行径，但其的确认为，法律问题和政治道义问题存在区别。[254] 应指出，一般看，在当时的宏观历史条件下，沈崇事件作为政治事件，极为敏感且影响广泛；此事件，激起了中国民众对国外骄横势力的强烈不满、抵制情绪。这种条件下，将其中法律问题视为政治问题，非常容易。但对待此事件，“政治道理 ”和“法律道理 ”，可从不同角度加以阐述，且两种道理，亦可通过协调而相互支持。深入说，“法律道理”的阐述，即使在“政治道理”看来不可接受，依然可提醒人们注意，为何“法律道理 ”可和“政治道理”失去彼此合作，从而提醒人们注意“法律道理 ”再次建构的独特意义。在此，“法律道理 ”，当然是立场的，支持一方，不利他方，但其应具有自己的特定论证机制，且重新构筑后，可用自己的知识力量支持“政治道理 ”。事实上，正是这个意义上，费青后来撰写《我们为什么要反对特别刑事法庭》一文，进一步分析事件中法律“道理 ”，进而从法律角度，支持国民的政治期望。[255]

对现实中“公共化”的具体法律问题提出法律自身的具体思考，尤其是在政治语境中剥离其中完全可能自我存在的法律问题，是法律学问研究者充实且加强法律实践参与者这一社会角色的一种重要方式。“公共化”的具体法律问题，及其包含的法律争议，可激励法律学问者深入研讨“公共化 ”“普遍化”的法律理解，以推进自己法律理论的“公共”理解、“公共”接受。同时，随社会交往形式的普遍展开，特别是不同民族国家之间的交往，法律学问者，自然也期待自己的法律理论，可进入世界语境，得到“世界 ”的认同、接受（即使在极度政治化的语境中，人们期待自己法律理论具有政治意义上的“胜利”效果）。故在“公共化”的具体法律问题讨论中，法律学问者，可凭借更强式的“法律实践者”的角色意义，加强法律理论和具体法律问题的关系，可更直接面对普遍意义的世界各个地域总要面对的法律机制，从而使法理知识生产，在更积极主动的层面上，走向“全球意义 ”。当然，正如兼任法律实践者的社会角色并不意味着可生产“全球意义”的法理知识一样，参与“公共化”的具体法律讨论，亦如此。但在“兼任法律实践的社会角色”这一因素，及后面将要提到的若干其他因素之间构成的相互关系中，这种参与，则具有重要意义。

概言之，法律学问研究者和法律实践参与者的双重社会重角色担当，及在社会中参与“公共化”具体法律问题的实践活动，是构筑“全球意义”的法理知识生产方式及其法学和具体法律语境相互勾连的“物质”条件之一。更重要的，这种角色担当，及实践活动，实际上是深入理解本文第四部分讨论的“世界学术成员姿态 ”“将最重要的文本和较为次要的文本加以结合 ”，及“一般法律理论和具体法律知识相互融贯”这三个内容的一个关键路径。不断面对具体法律实践问题，尤其面对且积极参与“公共化”的法律实践问题的讨论，要求本身便具有“学问者”身份的实践参与者，主动关注、理解世界各种表达方式所呈现的法律理论，主动注意边缘化的法学文本，主动熟悉且运用具体部门法的知识，以拓展法理思考的思想资源、论辩能力。而在重要的民族国家

对抗中，这些主动，具有品质独特的意义。在此，当然仅在此，可能与“人们通常理解”恰相反，具体法律问题，不会因为民族国家的对峙冲突而“溶解”、消逝；其却会因为这种对峙冲突变得更真实、更迫切。近现代，自外国列强开始“进入”中国，法律问题上的较量，从来都是政治斗争的不可或缺的手段、武器。故可理解，为何林则徐运用军事策略抵御“外夷”时，亦十分重视国际法的翻译与研究，[256] 可理解，为何东吴大学法学院运用外语研习法律，以期解决公共租界里的部分涉外法律问题。[257] 换言之，运用“法律道理”展开政治斗争，有时具有不可替代的关键意义。

再次，也即第三个方面，从学术生产的微观制约角度看，民国法律学者的学术出版、语言运用、相互传播，亦为促使“全球意义”的法理知识生产及其法学得以实现的重要因素。以学术出版论，民国时期，已出现大量法学专业刊物，如今天熟知的《法政学报》《法律周报》《法学杂志》《法律周刊》《法律评论》，及上文注释中提到的《法轨》。这些刊物，不断刊登专业论文，同时，因为多具民间性质，并无明显“级别”之分，所刊论文十分“百花齐放”，各种观点、观念纷然杂陈。其中，不乏各种“主义派别”，如张志让、朱怡庵、萧邦承等人的“阶级观点”，吴经熊等人的“新分析观点”，胡汉民等人的“三民主义观点”。[258] 而当时法学著作出版，亦蔚为可观。[259] 以语言运用论，民国法律学者常有留学背景，[260] 对外语驾轻就熟，这使其直接掌握，甚至直接运用外语进行学术运作，可无任何障碍。如前述民国法律学者的著述中，可发现大量外文文献的直接使用。以相互传播论，民国法律学者，不仅通过翻译、评介方式大量介绍世界法学，而且通过相互评论进行国内法学交流，更有甚者，通过外语写作直接与外国学者进行学术切磋，如吴经熊，即为典型，[261] 其他一些在东吴大学法学院开办的英文杂志《中华法学杂志》（The China Law Review）上发表论文的民国学者，亦如此。

学术出版的自由建制、语言运用的轻松自如和学术观点的交互作用，是全球意义的民国法理知识生产及其法学的文化介质。在此，重要的，则是这种柔性的文化介质，与上面所述微观法律实践及“公共化”的具体法律问题讨论，存在值得注意的相互关联。自由的学术出版，可使学术作者及学术读者，从“多种主义”的文本中直接或间接阅读微观法律实践的复杂思想立场，特别是其中体现的“多重向度”的法理理解，从而靠近“全球意义”的复杂法学语境。[262]语言运用的轻松自如，可使这些作者——当然包括读者——直接把握“全球意义”的复杂法学内容，洞悉这种复杂法学内容和“全球意义”的复杂微观法律实践的隐蔽关系。学术观点的交互作用，也能促使这些作者及读者，从具体学理层面上，深入思考法理知识的逻辑支点，深入思考法理知识的复杂生产，从而刺激“追寻‘全球意义’法理资源”的学术动机。

此外，这种柔性的文化介质，亦和上面所述“世界学术成员姿态”“将最重要的文本和较为次要的文本加以结合”，及“一般法律理论和具体法律知识相互融贯”，存在不可分割的关联。在自由出版机制中，一个期待，也即为充分表达自己的学术理念从而不断通过对话、质询、论辩的方式以显现“与外国权威平等”的身份姿态这样一个期待，具有了现实的可能性。因为，在民间性质且无明显“级别”的自由出版机制中，时常隐含着“消解权威”的主体意愿。在这种机制中，人们更易认为，“对话应当完全平等”。语言的交流顺畅，则使学者在具有世界学术成员姿态之际，更易像运用母语一样，搜寻、关注“次要学术文本”，深入理解其他民族语言表述的异国微观法律运作，进而展开世界化的学术对话。学术观点的交互作用，作为激励的直接要素，可促使学者积极认识国内法学学术与国外法学学术的全方位复杂关系，把握其中路向、问题所在，进而推进全球意义的法学学术思索。

当然，也如前面针对“法律实践者的社会角色兼任”所分析的，柔性的文化介质，并不注定导致“全球意义”的法理知识生产及其法学，

导致“世界学术成员姿态”“关注次要学术文本”和“将具体法律制度知识融入一般法律理论”。因为，某些民国法律学者，在这些介质中，没有类似结果。但看到其间相互纠缠的必要联系，则有意义。毕竟其间存在明确可见的制约联系。

六、在法学“全球意义”的深层中考察

现在，应提出问题：对具有“全球意义”的三种民国法理知识生产方式加以梳理，对这些生产方式得以出现的“主观”及“客观”活动因素加以分析，此外，对这些因素相互之间及其与这些生产方式之间的制约联系加以揭示，深层的意义是什么?

第一，可得出一个结论：应淡化对中国还有世界其他民族国家近现代相当一部分法学的“整体宏观的本民族国家/外民族国家二元对立”的预设理解。这里关键理由，如前所述，在于近现代以来，世界相当一部分民族国家的法学，当然包括法理知识的生产，总和本文分析的立法司法活动、对具体现实的“法律关注”、法律教学研究编辑出版等微观法律、法学活动环境因素，存在相互依托、相互影响、相互推动的关系。

近现代以来，无论外国，还是中国，随民族国家进一步发展，随民族国家面对的危机不断出现，随民族国家之间交互往来的政治对垒、经济斗争，当然还有广义的文化冲突，人们十分容易从“本国与外国”的二元视角，理解法学及法理知识生产的存在、机制和变迁，并置入“民族国家”的宏大意识形态。对西方，霍布斯、洛克、孟德斯鸠、卢梭（Jean-Jacques Rousseau）、边沁、奥斯丁、胡果（Gustav Hugo）、萨维尼，及现代以来的霍姆斯、柯勒（Joseph Kohler）、狄骥、惹尼甚至庞德，对中国，沈家本、伍廷芳、梁启超、董康，及本文提到或没有提到的诸多民国法律学者，人们在理解其法学及法理知

识时，总将“二元对立”和“民族国家的宏大意识形态 ”，作为根基，将法学及法理知识生产，化解为“要么本国、要么外国 ”，或溶解为民族国家政治意识生产的一个组成部分。

在此，不能否认，法学及法理知识的生产，有时的确具有民族国家的原有法律文化或外国法律文化的明显标识。法律生产的某一部分，及由此而来的法学和法理知识生产的某一部分，有时直接或间接体现为“原有本国 ”，或“域外他国”的表征。但需注意，如前文不断提示，首先，法律生产的更多部分，是日常社会生活化的，法学和法理知识的生产，更多时候，对应日常社会生活而自发动员；其次，虽然一般日常社会生活也是权力斗争的，但其始终和 “‘一国’与‘他国’政治、经济、文化二元对立”意义上的民族国家之间的宏观权力斗争，具有区别；再次，世界各个民族地域的日常社会法律生活场景，存在重复性和类似性；再次，近现代以来，随民族国家的交往，一个民族国家的法律内容，及与此相伴的一个民族国家的法学和法理知识生产，总会“掺杂域内域外因素 ”，从而很难认为“仅是该民族国家的”，相反，可认为“是世界的一部分”，此尤为重要；再次，随“近代”步入“现代 ”，法律职业阶层不断凸显；最后，法学和法理知识的生产，随“近代”步入“现代 ”，总会甚至更在某些方面和本文前面讨论的“法律实践者的社会角色担当” “‘公共化’的具体法律问题探讨”“学术出版的建制”“语言种类的分享 ”“学术观点的交流 ”，当然首先是 “具体化的日常社会法律生活”的现实，相互裹挟。在这个意义上，针对近现代以来的法学运作，以“本国与外国”二元对立作为历史理解标识的“大历史观 ”，不能且不应当，笼罩甚至支配关于法学及法理知识生产的“小历史观 ”。法学及法理知识的生产，一般情况下，特别是近现代以来，应在一般日常的法律环境中加以理解，从而梳理。法学及法理知识的一般生产演化，未必体现“本国的或外国的 ”，未必体现民族国家意识形态的“宏大”要求。

在此意义上，我们可重新理解，为何作为显著例子的德国近代法学，尤其是以萨维尼为代表的德国近代历史法学，一方面，不断需回应本国的具体法律实践（如萨维尼不断参与德国的微观法律实践），[263] 另一方面，总会参考其他民族国家的法学研究，对其他民族国家法学的作品仔细分析，且作出评论。[264] 更重要的，我们可重新理解，为何德国近代历史法学，能在众所周知的德国民法典制定过程中，发挥至今人们都颇为感兴趣的作用— —或阻碍或推动。同时，我们可重新理解，为何如康托洛维茨（Hermann Kantorowicz）所说，恰是萨维尼这样的德国历史法学旗帜性的学者，提升了德国近代法学研究、德国法学学者在社会分工意义上的显赫地位；[265] 为何德国近代历史法学，能在吸收其他民族国家法学知识时，逐步推动“世界法学”，并使自己成为“世界法学流通”的一部分。

在此意义上，我们可重新理解，为何作为另外一个显著例子的英国近代法律实证主义，特别是以边沁和奥斯丁为代表的实证法学，不断批评本国的法律传统，竭力倡导英国的法律改革；而奥斯丁这样的学者，当然还有其他学者，同时特别关注其他民族国家的法学发展。奥斯丁不仅来到德国，研究德国当时各种学说，而且在赞扬德国一些法学时，对德国历史法学不屑一顾，其明确指出，萨维尼的著名“小册子”——《我们时代的立法及法学的使命》— —不过是“外表华丽而内容空洞”的次等作品，与其1803年撰写的“法学极品”——《论占有权》——完全不可同日而语。[266] 此外，我们可深入理解，为何奥斯丁本人从未放弃自己的法律实践，不仅早期从事律师职业，而且后来参加英国的刑事法律委员会，参加英属马耳他的法律实务调查报告的撰写。[267] 最后，我们可重新理解，为何人们可普遍认为，从世界法学的角度看，恰是奥斯丁的法律实证主义，使法学本身从近代的多学科融合中独立出来，使法学从此可具有自己独立的演化道路，而且，使法学本身更具有了世界流通的意义。

故法学的历史研究，即使在最凸显的民族国家对立的历史背景中，依然需在相当一些方面，摆脱“本民族国家 /外民族国家”二元对立观念的控制。

进而言之，为理解近现代民族国家的法理知识生产，及由此而来的法学，我们应适当拉开“本国 /外国、本民族 /他民族的对立”问题和“一般法律活动”问题的彼此距离，甚至在必要时，切断它们之间的某些联系。这样一种思考结果，对中国还有相当一部分世界其他民族国家近现代以来的其他法学内容，同样适用。

第二，对民国时期法理知识生产及其法学的全球意义予以考察，且将其与当时“中外二元对立”适当予以隔离，另有重要的“法律理解”意义。此意思是，这里，需要一个 “法律行动者”的视角。因为，从具体法律行动者的角度，当然主要是参与具体法律实践的一般民众、一般法律职业者的角度看，只要社会资源稀缺，纠纷难免存在，则一般日常化的法律问题和法理生产机制，始终具有不可替代的社会存在价值，其相对重大政治、经济、文化环境而言，从来不是可有可无，而是具体常在的生活实际、行动实际。不论时代的重大政治、经济、文化影响如何展现，或存在，或缺席，一般日常化的法律问题，始终是法律行动者的实践生活的一个组成部分。这意味着，具体法律行动者的视角，或说参与这种实践的一般民众和一般法律职业者的视角，决定了从宏观政治、经济、文化影响角度考察一般日常化的法律问题，总存困难。故针对以政治、经济、文化剧烈变动作为背景的民国法理知识生产及法学，还有相当一些其他民族国家的法理知识生产及法学，在其中探讨“全球意义 ”，而且，适当将这种生产及法学和“本民族国家 /他民族国家二元对立”予以隔离，会使我们清晰感受“法律行动者视角对中国近现代法学及世界近现代法学展开考察”的重要价值。

近现代以来，对中国 ——包括世界其他民族国家 ——的法学生产的考察，总是忽略“法律行动者”的视角，假定“其他社会行动角色”的另类视角的独有合法性，特别是当宏观的政治、经济、文化变迁看似十分惊心动魄时。[268] 宏观“本民族国家 /外民族国家二元对立”的思考框架，其基础，正是“看似十分惊心动魄”背景中的某种社会政治行动者、经济行动者、文化行动者的视角感受。依赖这些视角感受，及在宏观“本民族国家 /外民族国家二元对立 ”中考察法学生产，某种程度上，等于武断地运用了这些行动者的视角，压抑“法律行动者”的视角。前者视角感受，当然不是错误，但其和“法律行动者”的视角，终究存在差异，存在意向背离。前者不能替代后者。故适度抛离“本民族国家 /外民族国家二元对立”的理解框架，是在适当恢复可能已被放逐的“法律行动者”视角的合法性，将研究对象，从其他视角束缚中解放出来。这个意义上，“法律行动者”的视角，是零距离地深刻理解法律自身机制的必要视角。此视角，可让人们更深入地反向理解，为何近现代的中国— —还有其他民族国家— —某些法理知识生产及其法学，能是全球意义的，可成为“世界法学生产的一个组成部分 ”，为何法理知识生产及其法学，与各种微观法律、法学活动因素，存在无法隔断的相互制约，以及为何我们可宣称，在近现代时期，中国还有世界其他民族国家，才真正出现了现代意义的法律、法学职业阶层。

而且，从历史角度看，这一视角，对于揭发理论中的法律知识和实践中的法律知识的关系，颇有进一步的启发意义。

作为结论，可指出，认识民国法理知识生产及其法学的“全球意义”，梳理这种生产和其时微观法律、法学活动等各种因素的相互关联，其深层意义，恰在于揭示以“近现代”作为历史标识的激烈动荡社会背景中的日常社会法律生活的“相对独立性质 ”，及与这种性质具有紧密联系的“法律行动者视角”的认知功能。尤需强调，这种视角的认知功能，相对“本民族国家 /外民族国家二元对立”观念，在民族国家迅速交

互融合、激烈对立冲突的近现代历史阶段，针对民国法律及法学生产，针对世界其他民族国家法律及法学生产，也许是更重要的。

第三章　西方法学理论的“中国表达”——话语如何迁移

各个文化彼此之间太过混合，其内容和历史互相依赖、掺杂，无法像外科手术般分割为东方和西方这样巨大的、大都为意识形态的对立情况（ideologicaloppositions）。[269]

第二章，从近现代历史角度，分析一个重要问题：对理解本书主题，即理论中法律知识和实践中法律知识的关系，“法律行动者”的视角具有怎样意义？当然，对此意义，第二章未展开细致分析，因为，导论已有讨论。从近现代具有法学专业标志意义的民国法理知识生产入手，第二章，分析“中 /西二元对立关系 ”，及法学知识在历史发动的层面上，如何与法律实践相互交织，如何与其他学术建制发生互动关联。进而，第二章，以综合性“考察学术历史”方式，尝试推进、补充第一章的思考主题。

第三章，将从当代中国法学知识变迁中的一个向度，即西方法学理论的“中国表达 ”，或说，从当代中西法律理论关系的视角，进一步阐发本书主题。西方法学理论的“中国表达 ”，作为一个问题，是第二章分析的“中西法学关系”的延续，因为，从近现代开始，“中西法学关系”的辨识，从未停止，也不应停止。

第三章尝试论证，法学理论的流动，更集中说，域外法学理论在本土的某种呈现，实际上依赖本土法律实践的表现，需在本土法律实践的“演化运动”中，逐步孕育，且应当如此；而作为关键性“中介 ”，本土法学理论的自我跃动，尤其是深藏其后的本土法律实践自我涌

动，是连接域外法学理论和本土法学理论的重要环节。这一章的论证目标，在于表明，法学知识本身的“中西纠缠 ”，实质上是法律实践中的“本土法律多元价值纠缠”的一个缩影；换言之，如何看待法学知识中的“中西纠缠 ”，实际上是如何看待本土法律话语多元纠缠，及本土法律实践多元纠缠。这意味着，法律实践中的“多元化 ”，是法学知识运作复杂化的 “背景 ”。对于深入理解理论中法律知识和实践中法律知识的关系而言，把握法学知识本身的复杂运作、交互往来，直至其本身 “背景 ”——法律实践的复杂运作— —的意义，又为一个关键。

一、问题和必要的说明

近代以来，在中国，作为现代法律思想建构的一个重要话语资源，西方法学理论开始“进入 ”。[270] 众所周知，域外法学进入中国，常经过如下几种方式实现：第一，著述翻译，如严复所译《法意》；[271] 第二，思想评介，如近代以来中国许多学者写就的“外国法学评介 ”；第三，学者交流，如20世纪40年代庞德在华讲述法学理论，[272] 及20世纪90年代中期以后许多西方学者来华讲学；[273] 第四，原文展现，如20世纪90年代中国引进原版《西学基本经典·法学卷》中的10种原文外国法学经典，[274] 另中国学者以各种方式直接对中国学术机构所购原版著述的阅读。

严格说，四种“进入”方式，其间存在区别。就第四种方式而言，限于语言的自然障碍，其对大多数中国法学学者，包括20世纪80年代以来的，均为意义有限。事实上，这种方式即便时至今日仍未在中国全面深入展开，其本身已说明问题，[275] 但该方式本应最重要，因为，理论上，其可较直接、全面促进西方法律观念的“中国进入”。

就第三种方式而言，其与第四种方式存在联系，但又存在重要差异。学者交流受时间、空间限定，在特定时间、空间里，外国学者不

可能全面深入像撰写自己的著述那样，交代自己的思想理路、根据。故学者交流，常演变为另一种方式的“思想评介 ”，换言之，演变为一方面要简短阐述自己的思想观念，另一方面需运用有限的时间，回应中国受众的疑惑、追问。通常认为，第三种方式具有一个重要功能，即外国学者可直接表达、解释自己的思想，而中国受众因此可直接把握其法律思考。但鉴于前述时间、空间的限定，以这种方式“表达”的西方法学理论，对中国学者而言，依然是“片段”“零散”的。2002年来华讲学的美国学者德沃金的“学者交流 ”，即为明显例子。这次交流中，当然可直接听到 “作者 ”本人如何阐述自己的法律、权利思考，[276] 但中国受众，依然希望，通过阅读 “原著”和“学者交流中的讲述”相互印证，以期理解、把握其观念，直至与其展开一些对话。显然，在华期间，德沃金无足够时间，亦无足够文本空间，详细说明自己的思想。[277] 在这个意义上，第三种方式和第二种方式是接近的。

就第一种方式看，人们想象中，以恰当、准确展现外国法学理论为目的，则翻译即属上佳途径。但通过翻译把握外国法律思想，本身依然存在重要问题。首先，对翻译能否很好“表达”原文会有疑问。在此，一方面，有翻译能力、水平、技术等问题；另一方面，有原著本身的“叙事”问题，即外国学术表达方式和中国学者所熟悉的表达方式，存在差别，中国读者难免遇到阅读理解的障碍或困难。[278] 其次，原著正因为可“全面展现 ”“全面表达 ”，故不太适应“经济阅读”的效率原则，尤其以著作作为表达方式的文本，需相当时间加以阅读、理解，这使非母语读者易失去一定的耐心、“毅力 ”。在此，不是“是否应潜心攻读”的问题，而是面对思想信息异常迅速扩展、日益丰富，学术“焦点中心”从近现代以来总是较速转变，读者的确需在特定时间内，把握对象，以尽快展开学术生产。读者依赖效率，特别是学术化的读者。故第一种方式，“展开有限”亦在情理。

因此，需注意且特别需考察的是第二种方式。

作为第二种方式的“思想评介”，在中国法学语境中，一般看主要表现为如下一种形式：对西方法学理论进行较全面的梳理、介绍。这种形式中，可看到西方法学思想的社会背景、思想背景、理论内容；若属于人物性的思想评介，又能看到思想主体的个人履历、学术著述等，若属于群体性的思想评介，主要是学派评介，另能看到思想主体的集体动向、学术活动、出版状况等。当然，在这种形式的最后部分，有时可看到一些评价、讨论，只是其所占篇幅，十分有限。[279]

与这种形式相近、但具有实质区别的另外一种“思想评介”，是对西方法学理论简短介绍后，迅速转入对话式分析。这种“思想评介”，亦有可能夹叙夹议，且其中评价、讨论所占篇幅，颇为可观。[280]

两种形式，可能存在实质的叙事意图区别。或许前者希望“重在介绍”，后者则希望“重在对话”。本书倾向于将后种形式不视为“思想评介”。因为，这种对话式的“思想说明阐述”，其学术目的，更在于如同本国法学理论的思考争论一样，将作为讨论对象的西方法学理论视为“对等交流”的学术客体，其中，“介绍他者理论”一类的“叙事隐义”，几乎不存在。[281]

后文集中讨论前一种形式的“思想评介”，尽管，有时涉及后一种。

在我看，首先应注意的问题，是“西方法学理论如何被‘建构’”；其次，应注意，“西方法学理论如何被‘想象’”；再次，应注意，“西方法学理论的‘中国权威’是如何形成的”；最后，应注意，“中国法学自身变化和西方法学理论的‘中国进入’，如何互动关联”。当然，时间上，讨论限定在20世纪80年代后。[282]

二、西方法学理论如何被“建构”

前面提到，首先应注意的问题，是“西方法学理论如何被‘建构’”。此已意味着，“评介中 ”的西方法学理论和原有的西方法学理论，存在区别。通过评介表达的西方法学理论，其中，包含“中国撰写者”的理解、推论，及表面上的“缩减、概括 ”。在此需提到，与人们通常理解有所不同，即使存在“中国撰写者”的理解、推论，存在表面上的“缩减、概括 ”，“被评介的西方法学理论和原有的西方法学理论之间，最终是否应存在对应关系”这样一个问题，依然可能不是真问题。有时，中国学者会有一种观念，即认为评介前提，首先在于准确理解、把握评介对象，尤其当自己理解、推论掺夹其中，当自己缩减、概括不可避免。但从今天熟知的解释学角度看，阅读所叙述的对象和文本所表达的对象，其间可存在自由的对应关系，换言之，阅读和文本之间的关系是松散的。一定意义上，极难认为，只有一个阅读才是文本的准确理解。[283] 而更重要的，缩减、概括的被评介对象，始终为缩减、概括的结果，既然缩减、概括，也就极可能成为主观上的“改写 ”，即使“改写 ”被努力回避。故思想评介中的“建构”，成为一个问题。

观察例子。

20 世 纪 80 年 代 后 ， 中 国 学 者 对 美 国 现 实 主 义 法 学（LegalRealism）和批判法学（Critical Legal Studies），开始了解，[284] 并逐渐熟悉。人们一般承认，后者和前者存在渊源关系，即后者某些基本理论出发点，如“法律的不确定性 ”，是前者主要观念的延续。[285] 现实主义法学认为，法律含义，总需官员（officials）解释，进而由其把握，故“法律是什么”由官员尤其是法官所决定，法律存在于官员行动中。[286] 既然法律在官员行动中，而官员行动，又是具体的，另有可能随意，[287] 故法律不确定。20世纪50年代前后，遭遇西方某些法学理论的严厉批评，现实主义法学的主要代表人物，如卢埃林（Karl Llewellyn）、弗兰克（Jerome Frank），均承认自己观点些

许偏激，承认自己的观点只能说明某些法律现象，或其他情况下，现实主义法学缺乏解释力。[288]但20世纪70年代后，批判法学兴起，其核心观念之一又为“法律的不确定性”，及官员、法官这样的“人”决定法律含义。以此为基础，其坚决主张，所谓法律之治不过是另外一种人治，仅是较隐蔽，而这种人治，准确说，即“法律家之治”。[289]与现实主义法学观念的区别之处，是批判法学的学术思考指向“自由主义法律、法治、法学的批判”，[290]而现实主义法学，则是追求社会政治上的“实用主义”。[291]如此，一个令人费解的问题出现：当现实主义法学的代表人物已承认“法律的不确定性”观念些许偏激，并承认这种观念仅能解释部分法律现象时，批判法学的学者，为何依然认为且竭力主张，此观念足以适用全部法律现象？

在20世纪80年代后的西方法学理论的“中国表达”中，尤其是通过思想评介方式表达的，可发现，此问题基本未得到清晰说明。从学术运作角度看，一个理论若曾受到批评，且批评已被学界——包括被批评者——基本认可，则重新运用此理论，且以其作为没有疑问的理论起点，便需对过去批评作出有效回应，并需进一步，从其他角度，说明此理论为何具有解释适用的能力，否则，重新“拾起”，学术上便是可疑的。故批判法学在“法律的不确定性”问题上，为中国读者留下了学术疑问，而中国读者可能“避轻就重”，却更多注意批判法学的政治意义。

在我看，此例已涉及思想评介中的“建构”。

关于现实主义法学和批判法学，中国文本中，可看到大量介绍、说明。这些介绍和说明，尽管可大致对应其原典中的各种论说，可见“原文出处”，但似乎缺乏建立“中国读者可理解”的逻辑关联。换言之，这些介绍和说明，似乎未以中国读者可清晰理解的方式，消除上

述学术疑问。在此，评介式西方法学理论的“中国表达”，其最重要的功能，是“描述”，而非“疏通”。

通过此例，在中国自身法学理论和西方法学理论的“中国评介表达”之间，可发现一种“两极分化 ”：一方面，中国自身法学理论，是可解释的，亦可理解，进而可展开争论，中国法学学者在中国自身理论的语境中，可畅通无阻地交流、辨析；另一方面，西方法学理论的“中国表达 ”，尽管可阅读，却难以解释，亦难理解，进而无法争论，更无从展现中国式的交流、辨析。其实，就相当一些情形看，中国读者，可知道西方学者说过什么，但无法理解西方学者何以如此言说。故学术交流的意义，在前者中，即中国自身理论的语境，没有障碍；而在后者中，则较困难。

进一步，再看上述例子，人们容易遭遇一个尴尬问题：为何一种类似批判法学的“法律的不确定性”理论，在国外学界，可引起进一步的激烈学术争论，在中国仅被复述、被谈论或被简单评论？ [292]

对此尴尬问题，当然可提出这样一种解释：类似批判法学“法律的不确定性”理论，在中国，缺乏深入讨论意义，即中国法治或说法律制度，尚在建立中，许多法律实践中与“法律的不确定性 ”相关的法学问题，尚无必要“列入议事日程 ”。此解释，从学术角度而言，可能缺乏意义。因为，即使中国法律建设尚未达到某一阶段，相关的学术探讨，依然可在理论层面上展开。理论中的学术思考，并不一定因为实践上的紧迫性，才拥有可深入探讨的时间表，且理论思考，更有法律实践的前瞻警醒价值（为何非要等问题出现再思考？）。

另外一种解释亦可提出：西方法学学术思考的逻辑，和中国法学学术思考的逻辑，存在差异，即中国认为属于问题，在西方，可不是，反之亦然，故“批判法学沿袭现实主义法学的‘不确定性 ’理论”这一问题，在中国，可能不是问题。这种解释，亦难令人信服。因为，

这种解释实际上根本否定了中外法学交流的可能。同时，这种解释，似乎暗含西方法学理论总存在中国读者无法理解的“非逻辑”成分的意思。面对西方法学，我们恐怕难以断言，其学者在争论一些逻辑上无意义的问题。实际上，批判法学，甚至现实主义法学关于“法律的不确定性”讨论，具有重要理论和实践价值，在学术思路上，显然需加以说明。[293]

概括看，可注意两点。

第一，西方法学理论的“中国评介建构”，其中包含的“各种叙事”，虽然难以作出大致的格式化，但如同前面已提到，一点则已比较清楚，即这些评介建构的基本叙事意向，在于希望“直接”“简洁”“概括”讲述西方法学理论的主要观点、主要推论。对主要观点、主要推论进行讲述的期待，及对“直接”“简洁”“概括”等标准得以实现的期待，使西方法学理论的“中国评介建构”，常拘泥于外国原典的缩减叙事结构，或拘泥于外国法学“第二手资料”的缩减转述结构，[294]进而使这种建构，成为一种“缩略翻译”。其实，若真正“缩略翻译”，则应给予理解。而问题关键，在于这种“缩略翻译”，实际上表现了中国作者叙事的“自我缩减理解”，特别是“学术推进的目标缺席”。换言之，这种“中国评介建构”，一方面，成为“自我缩减式的概述”；另一方面，尤其缺乏学术理解的目标前进，即缺乏解决叙事对象中学术难点的深入设想，缺乏理解叙事对象中学术关键脉络的重要企图，进而，缺乏把握对中国读者而言可能至为重要的学术理解的铺垫。故批判法学对“法律的不确定性”学说的沿袭，及这种沿袭和现实主义法学的“承认错误”，在“中国评介建构”中，其相互之间，势必出现学术断裂。这个意义上，所谓“直接”“简洁”“概括”，实际上可能变成“间接”“粗略”“大致”，实际上可能未把握对中国读者来说可予理解的思想线路，实际上可能造成某种“误解”，甚至“误会”。

当然，这种“直接”“简洁”“概括”，并非完全没有作用。可发现，一些类似的“评介建构”已获得中国式的读者理解，如对20世纪以前的西方法学理论，其中的确不乏成功例子。[295]但对20世纪以来的西方法学理论，我们则看到大量“理解缺席 ”。中国读者，常提出“为何现代、当代西方学者或流派提出这种理论”的问题。[296]就此而言，作为例子，如果试图解决现实主义法学和批判法学的理论延续的问题，则必须在“法律的不确定性”问题上，作出细节化的深入分析、解释。而对各种现代、当代西方法学理论，均应调整中国“评介建构”的叙事策略，至少首先需解决明显、可作为问题加以提出的疑问，首先需实现中国法学语境中的“已理解”。

第二，与前面一点相联，20世纪80年代后的西方法学理论的“中国评介建构 ”，包含“介绍知识、提供知识”的叙事意向。此意思是，对中国“评介”者，西方法学理论应作为一种“知识普及内容”以进入中国。具有留学机会或掌握他种语言资源的中国评介者，常自然而然地将自己定位为“知识的传输者 ”。其实，“评介”一词的使用，本身已暗含这种叙事意向。

在我看，知识的介绍、提供、传输，有时是需要的，甚至必要，如告诉他人某些历史法律现象的来龙去脉，某些历史上及今天中国或外国法律制度如何运作，包括某些西方法学理论如何阐述，此为我们展开思考的必要前提。但知识介绍者和知识接受者的权力关系，一定意义上，决定了后者消极、被动，及后者只能知道“这是什么 ”，与简单层面、无法用于对话的“这为什么 ”，另有前者的“自恃已清楚 ”。以前面提到的现实主义法学和批判法学的“中国评介建构”看，即可发现这种知识权力形态。相当一些“中国表达 ”，以知识的传输作为目的，且讲述这些法学的学者，常假定听者的对面存在。于是，阅读者常不自觉地处于知识接受者的位置，将这些法学理论，当作一种“知识”加以对待，进而不自觉地受制于知识介绍者的“领导权 ”；相反，不关心

其中关键、诸如上文提到的“学术断裂”问题。与此对应，知识介绍者常认定自己的介绍已明确、条理，没有疑问，从而不自觉地实施“领导权”。

但我们可设想另外一种知识权力关系——对话的知识交流。这种交流中，不论“说者”，还是“听者”，均准备转换自己的叙事角色，换言之，均准备在某个时刻成为陈述主体的“说者”，在某个时刻，成为受众主体的“听者”。在这样一种知识权力关系中，西方法学理论作为叙事内容，则须成为“可交流”“可辩驳”“可反复解析”，而西方法学理论的逻辑，亦须在对抗的知识权力关系中展示自己的话语能力。无论“说者”，还是“听者”，均须以充分理解西方法学理论的学理路径为基础，推进关于“西方法学理论”的辩驳。这个意义上，针对前面提到的批判法学，双方均需从学理层面上，深入细化地解释且争辩，其为何能在现实主义法学已承认自己错误时，依然主张“法律的不确定性”。这个意义上，作为被动的知识接受者，亦需变为主动的学理追问者。前面提到作为一种对话分析式的“评介”，这种“评介”中，撰述者通常以“平等对话”的意识展开“评介”，仿佛评介的“西方对象”，是同类语言的本土法学自身语境的学术伙伴。这种评介，在中国法学中，已出现过，[297]有时亦不乏成功。可发觉，通过这种对话式的评介，批判法学与现实主义法学在“法律的不确定性”问题上的延续关系，可得到必要的学术分析、澄清。

故在西方法学理论的“中国评介表达”中，应设想“知识介绍者和知识接受者的关系”如何可更多向“对话的知识交流的关系”逐步转变，应设想被动的知识接受者，如何可更多逐步转换为主动的学理追问者。为实现有意义、有价值、有学理的西方法学理论的“中国表达”，这些逐步转变，应当展开。更重要的，可意识到，这些转变，实际上可能意味着叙事角色的另一重大转变：将中西不同地域学术主体之间的关系，转换为中国本土学术主体之间的关系。此重大转变，亦意味着，

中国学者在理解西方法学理论时，仿佛在理解中国自身生产的法学理论。这样一些转变及重大转变，对西方法学理论的透彻理解的实现，对西方法学理论经过透彻理解成为中国本土话语论辩的资源，可能均具有意义。

后文第四节，再深入讨论。

三、西方法学理论的"想象"

20世纪80年代后，西方法学理论的"中国建构 "，更忽视一个重要问题：西方法学理论如何在"想象"中被展示？使用"更忽视 "表述，意在指出"西方法学理论的想象 "由来已久。谨慎说，对西方，想象难免，故任何关于西方法律、法学的认识均伴随"想象 "。在此，"想象"被定义为认识主体自身建构的一个"思想中的现实"。

较长时期，中国法学中，伴随具有引导意义的西方法学理论的"思想评介 "，一个事实清晰可见，即西方法学理论，特别是现代西方的，基本被理解为一些主要状态，如"实证法学、自然法学、社会法学为代表，三足鼎立 ""哈特与德弗林（Patrick Devlin）、哈特与富勒（Lon L. Fuller）、哈特与德沃金的三大争论，引人注目 ""狄骥、庞德、凯尔森等人的理论，为主要理论 "，当然另有"现实主义法学、综合法学（Integrative Jurisprudence）的挑战"，以及后来"批判法学、后现代主义法学（Post-modern Jurisprudence）的崛起"，"哈贝马斯（Jüergen Habermas）、考夫曼（Arthur Kaufmann）、卢曼（Niklas Luhmann）的重要学说"。在这种理解中，西方法学理论被想象为由某些基本要素— —外加某些辅助要素— —构成的"话语存在、流动"。

应承认，这种"想象"部分有意义，而作为对象的这些西方法学理论"基本要素 "，即使在西方法学语境中，亦常被讨论、争论。但逐渐

进入更多西方法学文本，准确说，更多外国语言所表述的，如德文、法文、意大利文、西班牙文，则会发现，所谓“主要状态”或“基本要素”，可能仅为更多西方法学理论中的微小部分。中国学者，当然可认为，理解西方法学理论时，应注意“主要 ”“主流 ”“影响巨大 ”，即使其为微小。但何为“主要 ”“主流 ”“影响巨大 ”？面对众多西方法学理论，此问题难以澄清；“主要”“主流”“影响巨大”等修辞，难以定义。

而即使可澄清、可定义，仍能看到一些明显的实际例子说明问题复杂。如目前中国法学中，美国学者庞德的理论，依然被某些人视为“主要 ”“主流 ”“影响巨大 ”，但20世纪90年代中期后的英语文献中，庞德理论，至少比波斯纳、阿克曼（BruceAckerman）、桑斯坦（Cass Sunstein）等人的当下理论，甚至霍姆斯的以往理论，远非“主要 ”“主流 ”“影响巨大 ”。除思想史介绍外，人们几乎不易发现法学文本再提到甚至讨论庞德理论，因为，人们已无多少兴趣重提其“稳健 ”。[298] 此外，作为例子，在现有中文翻译过来的外国不同语言的法学丛书文本中，亦可发现在一种语言中的“主要”“主流”“影响巨大”，在其他语言中，未必如此。如20世纪90年代后期法律出版社出版的《当代德国法学名著》丛书，及21世纪初期中国政法大学出版社出版的《美国法律文库》丛书，其中可清晰发现，作为“主要”“主流”“影响巨大”标志的文本，在不同语言中，如何被主观定义。

若如此，“想象”中包含怎样的深入问题？当然，本文着重讨论“评介”中的想象。

首先，这种“想象 ”，借助了另外主体的“想象 ”。此意思说，评介过程中，如同前文提到借助外国第二手资料转述结构一样，中国撰写者，常会借助他国学者著述，或其他方式，如外国学者来华介绍，[299] 以建构所谓“主要”“主流”“影响巨大”。显然，难以否认，中国学者无法阅读所有西方法学文献后对其概括，故借助另外主体的“想象 ”，

不可避免。在此，所以提到“另外主体的想象”，因为，作为他国学者的“另外主体”，同样没有可能阅读所有西方法学文献，而后提出“主要”“主流”“影响巨大”；其同样需借助“想象”，完成自己的“想象”。故中国评介者关于西方法学理论的“想象”，是种经由“他者不断想象”而完成的“想象”。这里，并无“以讹传讹”，所谓“以讹传讹”并不真实、重要；[300] 而真实重要的，在于“想象”何以经由他者的想象予以建构、完成。

对“想象”，需十分关注“媒介”，如教科书、“评介”论著、百科全书、辞书。[301] 评介西方法学理论时，中国撰写者，会主要参考这些“媒介”所表达的学术景观，因为，其常被赋予“权威”或“重要参考价值”的寓意。故借助他者想象的中国“评介”，实际上，总在传输这些“权威”媒介中的“西方法学理论”；而确切看，如果他者“评介”制作亦经过参考过程，则中国的“评介”不过为“所谓权威评介”传输链条的一个后续环节，其隐蔽作用，在于加强原已构成的“权威想象”。

由此，易被忽视的另外问题是：这种不断、连续想象的过程，其本身包含的“主观断定”如何发挥作用？

可认为，面对各种法学理论时，究竟“何为重要”“何为值得特别分析”“何为经典”，实际上并非无争议。法学理论，作为一类思想产品，其和法律实践及政治立场，当然包括学术旨趣，存在密切联系。正是这个意义上，在西方某些学者看来十分重要的法学理论，对西方另外一些学者，可能不重要，或次要。在判断“重要”“值得特别分析”“经典”时，“主观断定”必然发挥导引作用。

以西方法学理论本身看，可注意，经由边沁、奥斯丁、霍兰德（Thomas Holland）、凯尔森、哈特、麦考密克（Neil MacCormick）、拉兹（Joseph Raz）等人发展起来，今天依然“在场”的实证法学传统中，诸如前面提到的批判法学，另有曾经出现的法

国马利坦（Jacques Maritain）之类的新神学自然法学，及后来出现的女权主义法学（Feminist Jurisprudence）、后现代法学、新实用主义法学（Neo-Pragmati sm Jurisprudence），甚至包括法律经济学（Law and Economics），其法学意义，微乎其微。[302] 而在德沃金的法学理论中，亦难看到新神学自然法学，另批判法学等左翼法学理论，具有怎样的重要意义。[303] 更值得注意的，则是在今天迅速发展、具有学科交叉特点的西方法学理论中，如法律阐释学（LegalHermeneutics）、法律人类学（Legal Anthropology）、法律符号学（Legal Semiotics）、法律语言学（Law and Language）、法律与文学（Law and Literature），被西方学者常视为“正宗传统 ”的奥斯丁式的实证法学，富勒的自然法学，包括总引起西方学者不同程度注意的现实主义法学，其意义则同样有限。

实际上，西方学者，从“自己学术主义”角度说，常认为自己的研究目标重要，其他学术研究目标次要；同时，其眼界中，某些法学研究目标，可能从来没有意义。这意味着，从任何一个学术理论的角度看，作为他者的法律学说，均有可能要么次要，要么没有意义。故一个问题随之而来：中国学者所接受的经由西方他者教科书、“评介”论著、百科全书、辞书等表达出来的“西方法学理论 ”，是否属于某一角度，或某一 “主观断定 ”中展现出来的“西方法学理论 ”？在我看，答案不言而喻。即使西方某些学者竭力追求“全面 ”“整体 ”，其依然难摆脱自己的“主观断定 ”。至少，我们可提出这样一个看法：任何文本的撰写，是空间有限的，正因为空间有限，故作为写作对象的“西方法学理论 ”，亦难免被置入“主要和次要 ”“中心和边缘”直至“应写和不应写”的二元框架；更何况，法学理论的提出，其本身即为立场化、 “主观旨趣化”的。

其实，就“中国法学理论”而言，其中相应撰述，我们未必不能看到同样情形。由此，需正视中国撰述者在参考西方“评介”过程中所陷

入的西方某些学术操作的“主观断定”，需在“权威断定”中，辨识“权威”如何被“断定”，需在其中剥离隐藏的学术制约关系。而探讨“主观断定”，目的并非在于实现“客观认识”“客观断定”，所谓“客观”，是不可能的；目的在于提醒“想象本身的立场、旨趣”，提示不断冲破“想象边界”的必要、意义。

其次，与前面一点相关，亦与所分析的“知识介绍者和知识接受者的权力关系”相关，中国“评介”中的“想象”，支配了作为中国阅读者的“想象”。正如人们深知，亦如前面已提到，相当一段时期，甚至今天，大多数研究法律的中国读者不能直接运用外语进入西方法学语境，故中国学者的“评介”，自然易发挥重要的导引作用。就此看，中国阅读者的“想象”，实际成为“西方法学理论”的“想象链条”的终端。但是否成为终端，非问题关键；问题关键，在于“想象”中存在的“权威化学术权力现象”。此意思是，在西方法学理论的传播中，“评介”者具有重要的知识权力，“阅读者”的“想象”，由此成为“评介者”的“伴随想象”；进而言之，可看到关于西方法学理论的“中国权威”。

这种权威，从另一层面，深刻导引且限制了中国法学的思考视野，当然首先是认识西方法学理论的视野。如20世纪80年代中期至20世纪90年代中期，随中国若干学者对西方法律经济学的“评介”，包括若干原文篇章的翻译，在中国法学界，法律经济学是重要的前沿理论，随之而来的，则是对其中各种思路的逐步讨论，甚至逐步将其变成中国法学理论的一个组成部分，直至“显学”。[304]这一阶段，西方的批判法学、女权主义法学、种族批判主义法学（Critical Racial Jurisprudence）及法律与文学等已占据西方法学重要阵地的理论，对多数中国读者，是陌生的。[305]中国的“西方法学权威”，在揭示某些西方前沿理论的同时，亦阻碍某些西方前沿理论的“中国进入”，进一步，使中国法学不能更早在更广阔的学术背景中展开法学思索。此外，尽管中国法学始终强调“中国自己的法律问题，中国应拥有自己的

法学问题”，但“应重视‘被评介的’西方法学先进前沿理论”的观念，依然具有重要的意识形态作用。故在追求了解西方最新理论的过程中，中国的“西方法学权威”，在排列西方前沿法学理论的“重要”“次要”的顺序上，同样展示了并不乐观的定性作用。

在此，如果认为法律实践问题是复杂、多元的，法学理论和法律实践问题始终相互关联，且一定程度上甚至根本上，法学理论总是法律实践要求的重要表达，则在增加对西方法学理论多重了解的同时，淡化“中国的西方法学权威”在“重要”“次要”上的定性作用，无疑对中国法学同样有益。

概言之，20世纪80年代后，“评介”西方法学理论的作者越来越多，而享有权威符号的作者主体，凤毛麟角。但此“权威”存在，某种意义上，妨碍了西方法学理解的多重展开。“权威”意义，正因为评介者的“想象”可支配阅读者的“想象”，故至关重要。能发觉，20世纪80年代后的西方法学理论的“中国表达”，常展现为中国的“西方法学权威”的想象表达；从绝大多数中国法学文本看，西方法学理论的讨论，常浸透“中国的西方法学权威”的话语印记。在此，亦能发觉，这种权威如何依赖“中国阅读者”的支持，及“中国阅读者”如何巩固这种权威的地位；两者“合作关系”，又如何加强对西方法学理论的“唯一想象”。

本书不否定“权威”的开拓价值，任何西方法学理论的“中国进入”，均需某些评介者的先行介绍。但权威一旦形成，便会阻碍后来新者的呈现，而后来新者可以、可能带来新的法学资源。就此而论，中国法学需保持对“中国的——包括西方的——‘西方法学理论权威’”的适度警惕。

四、西方法学理论的中国知识背景

如果西方的西方法学理论的“想象”支配着中国评介者的“想象”，中国评介者的“想象”，亦在支配中国阅读者的“想象”，则从中国法学的立场、语境看，中国评介者和中国阅读者的知识背景，即为需考察的问题。

今天，中国法学知识已呈现一定程度的多元化；不仅观点上，而且思路上，中国法学一定意义上已非“一种范式”可总结勾画。但20世纪80年代初期及后来相当一段时期，中国法学知识，就基本法律概念和法律观念而言，包含一个较为主流化的话语倾向，即除政治意识形态的色彩及影响外，其主要内容，是19世纪末在西方大体形成，20世纪中期在中国开始推广且延续持久的“教科书式”的知识。“教科书式”的知识，对中国评介者及接受者，均为理解西方法学理论的背景条件。如果“评介”“阅读”与这种背景条件相适应，则西方法学理论的“中国进入”，没有障碍；相反，是“认知陌生”。可发现，20世纪20年代后，特别是20世纪50年代后且延续至今的西方学界本身生产的相当一些法学理论，在中国法学语境中，基本遭遇了“认知陌生”。此现象，即为“教科书式”知识制约的结果。

此在传递一个深入信息：如果一种西方法学理论在中国仅被理解为“是什么”，未被理解成“为什么”，更重要的，未被理解为一种“中国语境中的论说资源”，则这种理论，实际上未实现“中国进入”；但这里，与中国评介者和中国阅读者的水平问题无关，仅涉及背景知识的差异。

举例说明。

英国法律学者哈特的理论，对中国学人而言，不生疏。可发现，许多中国法律学者提到哈特的“两种规则的结合”“内在观点”（internal point of view）、“外在观点”（external point of view），及“实然法与应然法分开”“最低限度的自然法”等理论。从西方语境看，哈特理论为

人关注，是在1960年代以后。1961年，《法律的概念》出版，随后西方学者开始广泛分析、讨论。20世纪70年代末和20世纪80年代初，哈特名字及其某些思想，开始在中国出现。伴随一些“评介”及哈特个别原文的翻译，另1996年的《法律的概念》全书中译本[306]出版，其理论开始成为“关注对象 ”。但一个事实非常明显：尽管不少中国学者文章在讨论哈特的理论，其最核心的“两种规则的结合 ”“内在观点”的理论，仍未成为中国法学理论的论说资源；我们几乎难发现，中国学者，包括评介者，运用此最核心的哈特观念以分析法律的一般问题。换言之，哈特最核心的理论未实现实质的“中国进入 ”。即使针对今天中国法学“多范式”的状况而言，情形亦如此。与此不同，在西方国家，至少英语国家，哈特上述最核心思想，成为广泛思考的论说资源。更需注意的，则是20世纪70年代后，哈特的这一核心思想几乎成为新理论，如德沃金的法律原则说，2若要确立则必须树为批判出发点的“关键”。

此并非说，只有哈特理论在中国成为学术的论说资源，成为中国新的法学理论的批判出发点，中国法学才是“世界学术中”的；而是说，至少应注意，为何哈特理论可在后来西方法学中成为一种学理讨论的出发源头；至少应注意，在西方学术语境相当成熟的条件下，一种理论可成为论说资源，其本身已说明这种理论的“西方本土进入”的实现标志，及实质的“中国进入”的实现所需要的标志。故问题在于中国法学的知识背景。

通常看，西方法学语境中，哈特核心学说的意义，在于提供一个可更好解释法律一般现象的理论框架，至少优于奥斯丁、萨维尼、卢埃林等。作为一般性描述知识，法律理论，应解释更多法律现象，而西方学界基本认为，哈特学说有此意义，[307]因其学说关键，在于较佳说明就法律制度存在— —更准确说法律规则的存在— —而言，义务规则如何依赖授权规则，及义务规则，特别是授权规则中，“内在观

点”和“效力意识”如何发挥作用。[308]具体看，西方学界理解，根据哈特理论，如“不得违约”的义务规则既可以是道德规则，也可以是习俗惯例，同时可以是法律规则；但其可以成为法律规则，首先因为存在另外一种规则，此另外规则规定如“不得违约”的义务规则得以获得法律意义的内容。另外规则，即授权规则。无授权规则，人们实际上难以判断如“不得违约”的义务规则，究竟是法律规则，还是道德规则、习俗惯例。深入讲，当“不得违约”的义务规则被国家立法机构加以规定时，即可发现一种授权规则：国家立法机构有权对其作出规定。此授权规则，可能是社会某种机构，如国家机构，已另外制定的，亦有可能是社会中自然而然存在的。以“自然而然存在”看，授权规则是“实际上”获得人们认可的一种规则。尤为关键的，不论制定出来，还是“自然而然存在”，授权规则均包含“内在观点”，即“人们主观认为这是有效的”。没有“内在观点”，授权规则无法存在，进一步，义务规则无法成为法律规则。我们的确难以想象，如果人们并不认为“国家立法机构有权制定”，换言之，如果人们没有内在观点，则还能存在“‘不得违约’的义务规则依据国家规定可有效”的问题，还能认为“不得违约”的义务规则，是法律规则，而非道德规则或习俗惯例。[309]

但前述中国主流化的法学知识背景，阻碍了中国评介者对这些学说的有效解释，同时，阻碍了中国阅读者对这些学说的“原著”及“评介”的有效理解。作为评介者，中国学者，可成功使用对应语言，叙述哈特理论，但中文与外文的对应，并不意味对象理论可呈现清晰的“理解线路”。作为阅读者，中国学者，可明确知道“哈特评介”的文字含义，但文字含义的“知道”，却不能保证读者可在对象文本中，获得自我信服的“思考把握”。

中国学者，亦在探讨“义务”“权利”“权力”，及社会中存在的各种规则（过去常用“规范”一词，现在既用“规范”，也用“规则”等词），包括对法律规则人们所具有的态度；亦在讨论如“不得违约”的义务规

则，如“国家立法机构有权制定”的授权规则。但中国法学知识中，“不得违约”所以具有法律意义，仅缘于其为国家立法机构制定。只要国家立法机构制定，则所定规则即为法律规则。而如果国家立法机构制定“不得违约 ”，社会中却不存在“这种制定是有效的”观点，包括立法机构内部成员不存在“这种制定是有效的”观点（尽管现实中此不大可能），即哈特所说的“内在观点 ”，则被制定出来的“不得违约 ”，能否成为法律规则？此制定行为，本身能否成为展示“授权规则”的行为？答案，在中国法学知识中，不言而喻。但细致分析，“不得违约”依然可能是道德规则、习俗惯例，或其他种类非法律的规则；制定行为，依然可能仅是单纯“没有效力”的制定行为。换言之，“国家立法机构制定”和“国家立法机构有权制定 ”，是不同的表述。前者仅表达一种行为存在的意思，后者则表达一种“这是有效的”意思；两者表达不同观念，或说哈特提到的“外在观点或内在观点 ”（前者属于“外在观点 ”，后者属于“内在观点 ”）。正是此“这是有效的”意思，或其中包含的“内在观点 ”，使“不得违约”经由“国家立法机构制定 ”，成为“应予遵守”的法律规则的关键，亦为“国家立法机构制定”成为“授权规则”行为的关键。

可发现，中国法学知识，缺乏一种“衬托哈特”的知识谱系，或具体说，中国法学知识，未包含 “制定”和“有权制定”存在根本区别的知识，而其根源，在于中国法学知识作为背景，较单一，基本仅为“教科书式 ”，西方法学知识则已较复杂，其学术路向已多样。故哈特“两种规则结合”和 “内在观点 ”及两者相互联系，在中国，缺乏对其应予理解的思考动力。[310]

我不认为，我对哈特理论的解释是唯一正确的，但我的确认为，此解释可说明哈特“两种规则结合”和“内在观点”之关系的可予理解的含义，我亦认为，此解释可说明中西法学知识的背景差异，此外，可提示哈特理论如何能实现一个“西方法学理论的真正‘中国进入 ’”（因

为，哈特理论可促使我们深入思考中国法学知识可能存在的问题，进而成为中国法学探讨的一个论说资源），当然，此提示非唯一，我们完全可提供另外的。

为何需认识、理解法学知识的背景差异?

以哈特理论个案展开的分析，似乎表明，西方法学知识的细致解释是重要的，似乎表明，将西方法学理论和中国法学知识在微观理解上加以疏通，是重要的。自然，这些的确重要，需不断努力，但更有意义的，是认识此分析的另一目的：中国法学思考本身的积极展开，是实现西方法学知识的“中国进入”的真正条件。此意思是，理解法学知识的背景差异，是为追究一个深层问题：为实现西方法学理论实质性的“中国进入 ”，进而推动中国法学研究，究竟应首先细致解释、不断引入西方法学理论，还是应首先在中国法学内部，积极拓宽新思路、发展新思考?

在我看，中国法学思考本身的积极展开，是首要的。

思考本身的积极展开，包含多层次含义。首先，因为法律是务实的，需解决现实问题，故这种积极展开，应在中国复杂的法律实践背景下实现。中国的法律实践，应是中国法学所关注的问题，其丰富多彩，隐含着盘根错节，既需实际的解决办法，也需法学学术的讨论、辨析，而实际的解决办法和学术的讨论、辨析，又为相互支持，如导论中仔细分析的，在和法律实践的彼此勾连中，法学学术，即更易寻找生长点。此外，对复杂法律实践的学术关注，可形成“复杂”的法学学术场景，而西方法学理论的多样化，一定意义上，恰是以复杂实践及复杂学术场景作为条件。如此，一种可能性值得注意：中国法学越能形成复杂的学术场景，其本身越能产生“与西方复杂学术场景中学术思考彼此类似”的学理意识，毕竟，不同区域的各自思维越是复杂，思维方向、结果越有可能走向“不谋而合”。

其次，因为法学也有社会科学理论化的品性，具有学术理论的思路表达，故这种积极展开，另一方面需在自我辩驳的条件下实现。自我辩驳，当然不是空洞讨论，而是说理追求。说理追求中，法学更可能在自我完善时，提高对法律现实的解释能力。

故思考本身的积极展开，具有一种重要意义：促使中国法学针对法律实践，反思自己的知识背景，促使中国法学依托学术场景的复杂，考察自己知识背景中可能存在的问题，进一步，催促中国法学知识背景条件的变化涌动。如上所述，知识背景，既是中国法学展开研究的控制因素，又是面对西方法学理论的“中国进入”的控制因素，因此，知识背景条件本身的变化涌动，势必可成为“西方法学理论被予理解”的一个“解放”环境。

其实，20世纪80年代以后至今，就中国法学某些理论语境看，可发现，思考本身的积极展开，确已起到催促中国法学知识背景变化涌动的作用，进而起到促成“西方法学理论较易理解”的条件或环境得以实现的作用。

如中国法学理论对“法律原则”的分析讨论，即为较为明显的例子。20世纪80年代中期以来，在一些重要论著及教科书中，中国学者对“法律原则”进行了探讨。此探讨，以“法律目的 ”“立法目的 ”“法律精神 ”“立法精神 ”“法律原则 ”“法律精神”等语汇展开。其时，随中国《民法通则》和其他法律的制定、颁布，及《民法通则》包括其他法律在中国法律实践中遇到的具体问题，中国法学，开始讨论作为具体法律规则的基础的“原则 ”，所应具有的作用。此讨论，当时已逐步靠近“法律原则是否能够成为法律的一个组成部分 ”这一问题。[311] 讨论中，另能发现，各种观点已围绕法律规则与法律原则的区别、关系等方面，加以展开。[312] 如此讨论，逐步改变了中国法学“法律仅由逻辑结构完整的法律规范构成”的知识传统，[313] 进一步，为后来深入理解

德沃金的法律原则理论提供了重要基础。当然，20世纪90年代中期，德沃金的法律原则理论，亦反向成为相关的中国法学知识演化的一个重要来源。[314]

另一值得注意的例子，是重视地方性知识的西方法律人类学观点在中国法学中的演变。西方的与法律相关的地方性知识理论，其中一些，20世纪90年代中期，已被介绍到中国。[315]但其“中国进入”的实现，则在中国学界开始深入讨论国家法和民间法的关系之后。20世纪90年代后期，中国一些社会学者、人类学者、历史学者，当然包括法律学者，开始结合中国本土的田野资源，研究相关的法律问题，同时，亦参照西方的一些相关理论。[316]这些研究，因其与中国各种具体法律实践密切关联，故引起人们的兴趣、争论；更重要的，在一定程度上引发了中国法学知识背景的变化，即人们考察法律，不再固守单一“国家法律”的模式，相反，多元化的法律观，逐步成为人们考察法律的一个手段。正是基于这种条件，后来更多关于法律现状、法律历史的西方的带有地方性知识话语色彩的理论，变得“进入”顺利。当然，西方相关法律理论，后来同样成为中国法学知识自身深刻变动的一个诱因。

其实，对“中国法学思考本身的积极展开”的分析，反过来，又可解释上文分析的哈特理论“中国进入依然困难”的部分缘由。

五、发现法律实践

本章对中国法学知识背景差异的分析，以及对“中国法学思考本身的积极展开”的强调，可以且应当，运用于本章前面分析的、在评介西方法学理论过程中的“学术推进的目标缺席 ”“知识接受的被动位置”等问题及第三节分析的，在评介西方法学理论过程中的“主观断定”“权威导引”等问题。

第二节提到“学术推进的目标缺席”“知识接受的被动位置”，其实际上和中国法学知识背景的控制及中国法学知识本身没有变化涌动，存在相互关联。因为已存在较固定的中国法学知识背景，该背景甚至“依然故我”，故中国“评介者”的“学术推进的目标缺席”、中国“接受者”的“知识接受的被动位置”，亦为自然而然。“评介者”，当发现作为对象的中国法学未出现问题域、争论点、变化思、求新欲时，易缺少深化解说的学术动机，易将“接受者”视为自己知识（自己所掌握的西方法学知识）的支配对象。相反，如果中国法学知识背景已出现活跃的理论思考，则“评介者”，便会积极推进自己的学术理解，尽力将西方法学理论的学理在中国语境中“本土化”。而“接受者”，亦会在此背景中改变“被动”，成为学理的追问者，与“评介者”相互激励。

与此类似，当中国法学成员在基本理论上没有新疑问、困惑、论辩时，我们便易发现评介者在西方法学理论上的“主观断定”“权威导引”的知识权力现象。反之，如果中国法学成员针对基本理论出现了“动摇”“反思”“质询”，则“主观断定”和“权威导引”本身，便会呈现知识权力的危机。

故积极推进中国法学知识背景的变化涌动，实际上是避免关于西方法学理论的“学术推进的目标缺席”“知识接受的被动位置”得以呈现，及避免“主观断定”“权威导引”得以呈现的基本条件。

概言之，作为结论，在西方法学理论的“中国表达”中，西方法学理论的“直接进入”，有时可带来中国法学理论的变化，但变化较微小，甚至可能微不足道；更重要的且更值得注意的，则是中国法学理论本身如何可激活、争论，及中国法律实践本身所引发的实际问题，其所产生的对西方法学理论的某种需求如何可增加。当中国法律实践引发真正的问题，且由此中国式的法学探讨得以展开，西方法学理论才有可能成为一种法学资源，“真正进入”中国，为中国阅读者所理

解。此意义上，作为问题，西方法学理论的“中国表达”，实质上是“中国法学知识自身如何首先应不断鼎故革新”。在期待中国法学可伴随西方法学理论的“中国表达”而不断发展时，我们首先应盼望，中国法学自己首先行动、激活、跳跃起来，形成中国自己的法律、法学问题，而非首先盼望，西方法学理论大量的“评介引入”。从这点看，“评介式”的西方法学理论的“中国表达”，似乎应适度让位给“对话式”的西方法学理论的“中国表达”，而“对话式”的西方法学理论的“中国表达”，似乎又应成为中国法学知识背景出现变化涌动的一个刺激行动。

第四章　重新理解法律移植——从“历史”到“当下”

法律可以从域外移植到本土……没有人会否认这样的事实。[317] 对社会变迁的认识，十分困难……对任何成功预见的解释，都会出现与之相反的解释。[318] 没有真正的共同观念……法律制度难以形成。[319]

前面两章，通过“历史”和“当代”的法学知识表达两个层面，继续从侧面深化本书主题——理论中的法律知识与实践中的法律知识的关系。第二章结尾，提到“法律行动者”视角，此为重要的理论推进，其意味着，我们可经由一个新的途径，在“参与式”行动层面上，把握理论中的法律知识与实践中的法律知识的关系。第三章结尾，论及“本土法律实践的涌动”，及由此而来的“本土法学知识的跃动”，亦为重要的另外理论补充，其意味着，此涌动及跃动，在理解更广阔空间，包括民族国家对立斗争在内的理论知识与实践知识的互动关系时，实为背景参照。第二章和第三章，均涉及“中西法学关系”，且在“中西法学关系”的论域中，拓展本书主题。

这一章，仍与“中西法学关系”相关，结合“法律移植话语”，进一步展开分析。此“法律移植话语”，既是理论中的，也是实践中的，且准确说，其“理论/实践”的界线常难划分。通过“法律移植话语”个案的剖解，这一章将论证，理论中的法律知识和实践中的法律知识，总会面临“政治正当性”的抉择，换言之，作为话语的法律知识，当其需要表达，则总需在“政治正当性”追问中展现立场，申明态度，进而表达自己的“合法性”。对于本书主题，这意味着，我们需将“政治对

话”的方案，在许多场景中，作为“理论中法律知识和实践中法律知识的关系”分析的延续部分，予以确立；进一步，对此关系的分析，需在“规范意义 ”（normative）层面上，即“应如何”层面上，加以展开。

一、问题和限定

法律移植的理论探讨，[320] 由来已久。无论中国，还是外国，许多学者研究法律移植的可能性、条件、过程，及颇为语词化的定义等问题。[321] 在我看，这些问题均可探讨，且从法学知识的生产看，以往探讨亦富有成果，但过去研究，自觉或不自觉，常采用历史分析的角度，且不可避免从历史角度进入话语叙述，换言之，其常借助历史事件及历史过程的平台，阐述法律移植的“图画结构 ”，并似乎显示，只能如此。[322] 以往研究者常认为，仅在历史中才能开掘法律移植话语的理论资源，而其讨论目的，很大程度上，在于从历史经验中，论证法律移植的成功或失败的根据，以在历史档案中，寻求当下法律移植行动的正当性。[323] 此为一种“历史主义”。

这一章将论证，历史主义的法律移植话语，实际上不能解决法律移植的根本问题，尤其当研究目的指向未来时。法律移植，在历史时序中，特别是未来，正如某些众所周知的历史理论所暗示的，[324] 是一个或然性的“故事 ”。若坚持彻底的关于历史档案的经验主义或实证主义，似乎只能承认，不存在有关法律移植的“现代性”必然进程；[325] 只能承认，在法律移植的历史中及未来，“可能”是无法消除的基本代码。以往采用历史平台展开的法律移植考察，一般情况下，其意义，更多在于提供“信其则有、不信则无”的预测知识及某种信心累积；其意义，甚至有时在于作为法学生产的理论消费品，而为理论消费者所欣赏、品味，亦为未来更多法学再生产、流通，提供可借助的“搭车”便利。[326]

论证历史主义法律移植话语具有困难时，本书将提供一个可被修饰为“重要”的研究思路：对法律移植问题，较有意义的，则是不应从历史问题的角度出发，相反，应从法律问题的角度。此研究思路，将重提可能被忽略的重要命题：法律移植，是广义“立法”活动[327]的一种表现方式；在基本层面上，可将法律移植视为与立法活动同质的法律变革。这个命题，能使我们从另类角度，理解法律移植的本来面目，进而深入理解历史主义法律移植话语所存在的问题。

当然，此“历史怀疑”的论证及新研究思路的提供，将仅限于以法律移植作为标志之一的法律语境，不推而广之，且不可能如此。[328]我相信且乐意承认，非法律领域的历史化研究可能是成功的，或可以成功，只是不能为我所熟知。同时，应着重指出，这种“怀疑”论证及新研究思路的提供，就法律移植看，恰是一种另类的“认真对待历史”的立场表达。

论证历史主义法律移植研究的局限及法律移植的或然性，其目的，不在于在法律变革问题上，走向消极的“无为而治”的结论，或得出“等待日后自发革命、渐进、演化”的结论，[329]即所谓“本土化 ”。反之，其目的，是在“怀疑 ”论证及新研究思路提供的基础上，阐述社会共识的构建对法律移植的意义，阐述此构建与制度创新之间应有的合谋关系及其成功建构，对法律移植的引导价值。本章尝试推出一个结论：积极建构“社会共识”这一过程本身，或正在发动及行动起来的社会共识的砌筑，才是我们讨论法律移植的真正语境，而法律移植，在此过程中，才会展现成功理由，不论初始阶段，作为社会的一部分，或许是重要部分，法律、法学精英持有的是“应法律移植”的态度，还是相反。此意味着，“积极行动”十分重要。

这一章，另继续强调“应从法律问题角度看待历史”的思路；更重要的，提供一个在我看颇为关键的理论基础 ——“法律与政治”的应然

关系。[330] 我相信，并会细致论证，“法律与政治”的应然关系，不仅是理解历史主义法律移植研究的困境的又一关键，且是理解“正在发动的社会共识建构”的逻辑前提。就后者言，如果更准确描述，则可指出，“正在发动的社会共识建构 ”，是这种应然关系的逻辑延续。当然，此论证将依然仅限于以法律移植作为标志之一的法律问题，不会且不能，涉及其他非法律领域。

首先需说明，后文亦会继续论述，针对法律移植问题，上述“社会共识建构”不同于“法律移植条件”的一般性讨论。后者讨论，在学术界及社会领域，十分常见，常伴有“如果条件具备或否，则应如何”的条件式陈述，属于历史主义的一种话语模式。[331] 其中常提到，如“已具有社会共识 ”，则法律移植的条件之一即具备，且可能成功。相反，本章力图将“社会共识建构”的分析，置于“法律与政治”的应然关系中，以期论证，当下行动中的“积极建构社会共识 ”，如何可成为“谈论法律移植的真正语境 ”。换言之，在 “法律政治学 ”的背景中，[332] 本章将凸现正在发动的社会共识建构的谱系、前进目标，以及这种建构和讨论法律移植的真正勾连。本章强调，当下或许没有社会共识，但行动起来以建构，并积极参与，才更重要。

另需说明，不能认为，通常议论的相对法律移植而言的物质化、制度化本土基础，不重要，可舍弃，但本书将论证，当法律移植问题开始进入我们视域，甚至仅在开始时，上述社会共识“现在进行时”的建构，或话语运作，相对这些基础，则更重要，甚至是决定性的。此外，本章还将说明，社会共识的建构历程，就法律移植问题而言，如何不同于所谓的“法律意识建设及提高”等一般论述，后者意在“启蒙”社会公众，意思是社会公众需在引导下，提高法律观念、法治意识，以利于法律移植。许多情况下，后者隐藏了在法律移植问题上不适度的法学知识精英的先锋情结，丢失了法律政治学所能提供的“政治

平等对话”的反省意识，而本章所依赖的叙事进路，在若干方面，寻回这种意识。

二、法律移植的或然性

历史中的法律移植事例，不胜枚举，其中既有成功的，亦有失败的，不论移植以他者殖民主义的方式展开，或以本土自觉接受的方式展开。[333] 相对已“凝固”的历史，通过历史档案的搜寻、链接，无人否认，可建立法律移植成功或失败的背景框架，以及移植后成功或失败的法律与背景框架之间的所谓“必然”联系。

但如某些历史哲学理论所暗示的，[334] 在这里，我们应注意一个问题。

尽管“必然 ”，或存在因果联系，某事件的确引发或阻碍法律移植的产生，但未来时序中，同一“因”在社会场景中再次出现时，未必导致类似“果 ”。[335] 未来法律移植事件，作为具体时空现象，并不必然紧跟已经或可能出现的某一事件；法律移植的最终结果，就未来而言，总不确定。人们所以相信特定条件可在很大程度上保障或拒绝法律移植的再次呈现，其原因在于，这种历史考察，常会落入休谟（David Hume）提到的因果认识的心理定势，[336] 而此定势，缘于成功或失败的法律移植，有时的确呈现了许多事例。[337] 亦可简略认为，从历史进入以展开法律移植的研究，易陷入经验教条。[338] 而关于“并不必然 ”，或“不确定性 ”，即使不论未来，仅回望历史，亦能有所发现。如16至17世纪，罗马法因“偶然性”因素，即未在英国成功移植。从此例看，根据德国学者茨威格特（Konrad Zweigert）和克茨（Hein K .tz）的讨论，英国16至17世纪，都铎王朝、斯图亚特王朝时期，议会和国王冲突激烈，前者希望限制君主制，后者则主张绝对的君主制。其时罗马法移植，具有非常有利的条件。其一，移植设想已

获得保王群体的热烈支持，因为，罗马法的一条原则宣称，“凡国王所喜欢，即具有法律效力”，此原则，可强有力配合保王群体的政治主张。其二，普通法（Common Law）已日渐衰落，除旧皇家法院外，另出现新皇家法院和准司法机构，特别是“星室法庭”（Court of StarChamber），而“星室法庭”专司政治犯罪，这些后来建立的法院直接贯彻国王意志，并正在采用罗马-教会法模式的诉讼程序。其三，新法院任职的法官、律师，曾在英国大学接受大陆法知识的教育，且1511年以来，形成一个特殊行会——“博士院”（Doctor'sCommons），与大陆法的“民法知识传统”彼此对应。其四，知识界的氛围，亦有利于罗马法移植，即法律职业之外的僧侣和其他人士，非常热衷文艺复兴、人文主义运动，对普通法的“原始”和“形式主义”多有怨言，赞成采用他们认为较明确、易掌握的大陆法。故其时，相当一些人相信，罗马法移植应该且可以成功。但移植失败。[339]

在我看，作为法律移植的历史观念（仅限于法律移植问题），“并非必然”或“不确定”的观点，应该较易接受、理解。

因为，首先，从更广泛、相互影响的社会因素函数的角度看，许多潜在可能因素，作为法律移植的影响函数，人们常无法预先得知，其有时尚未出现，或十分隐蔽，在后来时间序列中，完全可能挫败人们在历史经验中获得的“预见谱系”，使预见或预测，处于成功/失败的双重可能。关于无法预先得知的潜在可能因素，我们完全可在自己今天身处其中的情景里，有所发觉，甚至多有体会。我们均有这样的经验感受，即当下许多“可能”是未知的，对某些事件，当偶然因素出现或发挥作用时，我们会“不解吃惊”，或“恍然大悟”，发现其居然影响了事件的变化、方向，发现原来即使是今天，我们亦尚无能力知其全部。[340]

其次，再从今天看，“试点”这一关键词，同样指示影响函数的复杂。频繁使用“试点”一词，并在实践中频繁采用“试点 ”，如在中国试行诉辩制、证据开示及晚近的“刑罚量化制 ”，并非因为我们对现世中的相关因素知之甚少（相反，实际上非常了解），而是因为，我们终究不知还有多少另外影响因素，尚未进入我们的知识视野。未来的影响函数的复杂，不能使我们离开“试点”这一制度试验机制。

再次，微小事件，即使再微小，微不足道，亦有可能在法律移植历史游戏中发挥至关重要的作用，凭“以小致大”的方式，参与法律移植的历史过程，或隐喻称，实施黑格尔（Georg WilhelmFriedrich Hegel）式的理性的狡计。换言之，即使现在认为的所谓重要历史事件，在当时历史环境中，完全可能被认为并不重要，甚至微乎其微，但其却影响了法律移植的历史时间、方向。就此层面看，可再次注意罗马法未在英国移植成功的例子。其所以失败，在英国著名法律史学者梅特兰看，则在于一个被当时许多人忽视的“很小因素 ”，即法律法语（Law French），此语言真实阻碍了罗马法的移植。[341]

现提出进一步的问题：上述讨论，是否为历史话语的虚无主义？

在我看，法律移植的具体语境中，这种认识和一般历史话语的虚无主义，并无关联，相反，其为认真对待历史。因为，通过法律语境的独特性质反观历史，便可得出这种“认真”认识。应看到，逻辑上，讨论法律移植问题时，本土法律已是当下存在的制度事物，没有本土法律，我们不可能谈论法律移植，而在“本土法律已是当下存在”的前提下，亦应看到，法律需解决的问题是社会相异、多样所带来的纠纷或冲突，故各种各样的利益交叉，及由此繁衍的利益纷争，势必存在，法律不断生产的必要性亦会产生，社会相关因素函数，从而是复杂的。[342]其实，有理由断定，本土法律的不断生产，甚至仅“存在 ”，已表明社会相关因素的函数复杂，否则，我们看到的更多只能是以

习惯、习俗来表达的社会规则。亦可认为，本土法律的不断生产，和社会相关因素的函数复杂，相互依存，互为印证。故深入理解法律移植的多元可能，即为认真对待历史；所谓历史怀疑，针对法律移植，且在法律语境中，可能正是依据历史唯物论，将法律与历史有机结合起来的叙事宣扬。

当然，提出“并非必然”或“不确定”的观点，并对之加以论证，并非意味着历史主义法律移植研究全无意义。其可提供较多的可测信息，进而可发挥“思想节约”的经济原则，使人们在分析当下法律移植问题时，可较迅速推进思考，并增添知识化的信心累积。但仅此而已。因为，无论可测信息、节约原则、迅速思考，还是信心累积，终归无法提供因果必然关系的充分依据，而信息累积带来的信心累积，如果我们谨慎、清醒，则能发觉，其通常是种信仰化的“憧憬”展现，未严肃关注 “法律与历史”的原有复杂。进一步，其无法触摸从而解决法律移植的根本问题。

三、历史主义法律移植研究的主观性

仅从研究对象出发，揭示其中“或然性 ”，以分析历史主义法律移植研究所存在的问题，是不够的。我们还需从研究主体切入，考察其主观思想过程，分析另方面的问题。

我们应注意，展开历史化法律移植研究时，人们的建构，并非在纯粹经验、实证的意义上展开；相当程度上，其在主观价值背景中展开。此意思是说，如某些历史著作表明的，历史档案中的材料，是经由我们阅读者和写作者进入我们的言述之中，而此阅读和写作，无法摆脱特定的价值判断。[343] 如此说，并非简单重复人们熟知的尤其以阐释哲学 [344] 为代表的阅读理解理论在历史领域中的基本观念，而是意在提示，法律的独特语境，使法律移植与背景关系的建构，极难摆

脱法律价值判断的前提干预。法律移植的历史研讨，依赖法律移植的现实背景，而其中，存在或接受或拒斥法律移植的复杂，亦包含可能引发的实践利益的得失；即使十分纯粹的学术理论探讨，如一般化的比较法或法律史言说，亦如此。[345]换言之，法律移植的历史研讨，通常看，总会映射特定区域特定社群对法律移植的态度，而各种态度的相互关系，或紧张，或对立，其背后是利益冲突的多重谱系。极难想象，没有法律移植需求及对法律移植的不同实践态度，人们仍会研究法律移植。

关于这个问题，可考察作为例子的近代德意志法律移植实践及其法学争论。

19世纪初期至中期，以法国陪审制、程序公开制和法典编纂为代表的系列法国法律制度，对德意志颇具移植吸引力，但德意志法学家却争论激烈。这些争论，不仅是关于具体实践的，而且包含了如法典主义（蒂博［Anton F.J.Thibaut］为代表）、历史主义（萨维尼为代表）、日耳曼主义（由日耳曼学派［Germanistik］提出）、罗马法主义（由罗马法学派［Romanistik］提出）的理论表达。争论涉及两个层面：其一，过去，主要是18世纪末19世纪初，已移入德意志的法国式制度，是否成功；其二，继续移入是否应当，而继续移入的问题，后集中演变为借鉴法国民法典的某些因素以制定另类德国统一民法典，是否应当。

仅从前一层面看，德意志法学家内部，即分为多派。19世纪初若干年，德意志西部、南部某些地区，已相继采用法国制度模式，而有学者认为，借鉴是成功的，有学者则否定。根据当代重要学者的研究，对19世纪初期已出现的德意志移植法国法律制度模式所展开的学术争论，其背后，存在许多重要冲突。首先，民族情结是重要问题，其时德意志对法战争失败，民族自尊情绪颇为盛行，而接受法国制

度，在某些人看，即损害了德意志的民族尊严，但某些人不以为然，其认为，必须“知彼知己 ”，学习法国制度。其次，对法战争后，德意志南部出现新兴的近代官僚阶层和法律家阶层，这些阶层，和当地商业阶层联系密切，故愿意推行法国法律制度中的保护个人自由、程序平等、法典文本等理想，但德意志其他地区，则是较为保守的传统贵族占据主要统治地位，其对等级制度、地方习惯，依然至为青睐。再次，“小统一”和“大统一 ”的观念出现矛盾，即由于德意志西部、南部某些地区出现了法典编纂，有人便希望地方性法典编纂可保持地方统一，抵御以普鲁士邦为代表的全德统一，有人则希望全德统一，认为法律制度应是全德性质的，而地方性法典编纂，会破坏全德统一理想。最后，引入法国法律制度及进行法国式的法典编纂，事实上可为新兴法律职业带来可观的行业收益，此阶层，希望通过法典编纂，以顺利掌管法律知识，避免零散地方习惯所引发的法律适用的收入转移，而传统的诸侯法律适用者，则希望继续把持地方性优势的法律统治。概言之，恰是上述四个方面的背景，激发甚至主导了当时德意志学者对法国法律制度移植成功与否的激烈争论，包括相关一般法学理论的争论。[346]

这意味着，支持或反对一种法律移植，显然并非因为把握了法律发展历史的必然规律，进而要求自己，必须或不去踏上一类法律移植带来的“火车前进 ”；而是因为，法律立场的价值姿态、要求，其背后的利益斗争，以人们自觉或不自觉的方式，影响法律移植观念，更重要的，法律移植的结果，正在引发某种利益的获得或丧失。也恰在此意义上，当思索应接受法律移植时，人们总会倾向搜寻历史中有利法律移植的档案资料，反之，则会另样。[347]而历史中曾存在的法律移植档案材料，已浩如烟海，其本身已蕴藏相互对立、排斥，且不胜枚举，同时其本身，我们亦难在认识论的意义上穷尽；更重要的，其本身，为我们提供了以某种方式（自己青睐的）而非另种方式（自己不喜的），搜寻、链接自己欲求的档案资料的机会。

此外，就“法律移植研究的主观价值背景”这一问题而言，深入看，我们应注意，有关法律移植的历史探讨，尤其带有普遍性结论的，不是也不可能遵循这样一种程式：首先，从经验的法律历史材料开始；然后，选择自认为重要的研究对象；最终，得出具有价值意义的应否法律移植的结论。因为，逻辑上，遵循这样一种程式，十分可疑。我们可追问，如何可能在穷尽所有的法律移植历史资料之后，再做选择，以得出结论？而事实上，如果真要彻底穷尽，则选择、结论，只能“永远处于等待”，成为“彼岸”。此从另一个角度说明，为何法律移植的历史研究，常是“主观价值背景化的”，同时，亦从侧面说明，为何通过法律移植历史研究而得出的结论，“针对未来是或然的”。

继续讨论。

有人或许认为，法律移植的历史中，可存在重要、关键的观察线索，故通过重要、关键的表象深入，便可把握法律移植的某种规律，此可避免主观性。但该看法不能成立。因为，其同样需面对自己身处其中的法律斗争背景。通过背景的复杂，此观点将势必发现，自认为是重要、关键的，在他者看，极可能次要，或微不足道，而且，其自己无法具有说服力地证明自己观点，否定他者。[348] 同时，又需看到，“重要”“关键”等关键词，在法律斗争的语境中，属于人为建构，是在我们的背景知识、利益关注中，被赋予主观意义。[349] 针对法律移植，其非“永恒不变”。

另有人或许认为，结构功能的观念，如将历史中法律移植背景条件的分析对象予以编织，使之结构化、系统化，并解释相互关系，便可揭示法律移植的内在规律，亦可论证法律移植的可能与否，此从其他角度，可避免“主观判断”。[350] 但该观念，实际上是“分散式”历史因素分析的变相表达，亦为历史上曾出现的“有机”社会概念[351] 的一

种“缩写移植”，[352]且无法成功。因为，可清晰发觉，在法律背景中，“何种要素可成为结构的一部分”“何种要素不能成为”等问题，可不断争论，而其与所谓“有机”对象的类比，本身亦需加以论证。在此，甚至可直接认为，结构功能的有机或无机的概念，如同前述19世纪德意志各种法学主张的法学观念，作为理论话语，本身即基于我们的法律移植态度，或我们认为“需要或拒绝这种法律”的立场，而产生。[353]

四、法律移植与“广义立法运动”的实质关系

指出法律移植历史研究背后的价值立场问题，尽管必须，但并非“如何深刻”，故需进一步分析，而进一步分析，依赖一个重要问题的挖掘：法律移植和广义“立法”，或更广泛的法律变革，究竟是何关系？

关于法律移植和广义“立法”或更广泛的法律变革的相互关系，以往学者，曾有触及，但仅为触及，因为，其“触及”式讨论，主要从“法律移植的方法和途径”角度出发，如法律移植的立法、司法、理论等方式或途径。[354]在此，这一节的目的，并非重复这样的观点，而是尝试指出，法律移植和广义“立法”运动、法律变革的某种隐蔽关系为何，尝试揭示，法律移植的实质特性何在，其实践本身的价值态度立场何样，另深入揭发，法律移植历史研究的价值态度立场问题，其关键是什么，进而从特定角度论证，通过法律移植历史研究而得出的结论“针对未来是或然的”，其为何不可避免。我还将指出，并展开讨论，廓清两者的相互关系，是理解法律移植的一个核心向度，同时，又是开辟法律移植研究思考“未来应如何展开”的激励路标。

作为观点，我认为，法律移植实际上是广义的立法运动、法律变革乃至更“耀眼”的法律革命的“代用词语”，换言之，法律移植的实

质，在基本层面上，和广义“立法”是同一的。而如此认为，因为如下两个理由。

第一，可清晰发现，法律移植的讨论，总会（尽管不完全会）涉及两个相互对立的假定前提，即“应法律移植”/“不应法律移植”，不论涉及时提出的观点，是正面肯定，如“条件具备可移植”，还是负面否定，如“条件不具备故不能移植”，或仅是完全肯定或否定，即根本应移植或不应。需指出，这样两个对立的假定前提，与其他“应然”的法学或法律实践问题，存在互换性质。此意思是，法律移植，常是变相的其他法律实践或法学问题，如“是否应制定、补充、修改、废除法律”“是否应通过司法以弥补法律”“是否应法律变革”这些问题，其一种表达方式。因为，我们能明显看到：其一，法律移植的最终结果，只能通过制定、修改、废除法律或某种司法解决的方式，加以实现；其二，谈论法律移植时，人们总会期待“如何实现法律变化”这一实践目标。正是在此，法律移植的言说，总是一种以其本身的话语装饰，展开有关制定、补充、修改、废除法律的理论操作，其希望以理论方式表达，“是否应通过司法来弥补法律”“是否应法律变革”。作为例子，就中国而言，显然易见，当讨论陪审团制移植时，我们不正在寓意，“诉讼中是否应建立陪审团制度”？而当讨论判例法移植时，我们不正在寓意，“是否应建立法院判决的遵循前例制度”？即使讨论一般化的法律移植问题，我们不也是正在寓意，“进行法律变革时，是否应考虑外国法制经验”？

第二，反向看，在广义“立法”中，或在总体上进行法律变革时，一般说，均存在一个广阔的争论背景。一条法律规定，一项法律草案，或一个司法活动，均可能引起人们的不同主张，或赞成，或反对。这个背景提醒人们注意，法律移植的要求，极可能（当然并不必然）是背景中的不同主张中的一个，且有时（此当然更重要）是以一种制定、补充、修改、废除法律的意见，或一项法律草案的建议的方

式，直接表达自身。换言之，法律移植常以一种“域外制度较先进”的论证言述，来掩护关于法律变革的争论背景中的一个广义的“立法式”主张，或直接和一个广义的“立法式 ”意见，形成公开的合谋关系。对此，可注意两个十分明显的具体例子，其为法国学者勒内·罗迪埃（René Rodiere）所提到。前一例，即20世纪初，法国移植国外“带工资休假”法律制度；后一例，即20世纪上半叶，法国移植国外“社会保险”法律制度。前一例中，当时法国，本身已出现激烈争论，即争论如何通过立法协调雇主与雇员之间的经济利益。有人认为，允许“带工资休假 ”，是对雇员利益的一种保障，并提出理由加以论证。有人主张，如此会对雇主造成负面激励，对雇主利益亦为损害，同时提出了自己的观点依据。另有人则认为，最好通过契约方式解决问题，同时说明，这样如何可简便易行。恰在此时，有人提出，国外实施的“带工资休假”制度为成功经验，引入借鉴，是可行的。而后一例中，当时法国，本身同样已争论如何在具体层面上，建立社会保险制度，毕竟，社会保险问题，已迫在眉睫。人们同样提出不同观点，且从不同角度，论证自己观点的正确。这时，有人提出，整套的国外运作有效的社会保险制度机制，其移植是适宜的。[355]通过此两例，我们可清楚看到，法律移植的主张，如何可成为一个广义的“立法”主张，以及如何以“域外较为先进”的言述方式，掩护诸多不同广义“立法”主张中的一个。

故完全可以，且很有必要，从广义的立法运动、法律变革乃至更“耀眼”的法律革命的角度，以理解法律移植的表征意义，进而深入理解法律移植的实质特性及其内在逻辑。进一步，若如此理解，则显然可发现法律移植实践中的价值态度立场问题，进而可从另一更深角度，理解与此相关的法律移植研究的价值态度立场问题，揭示其中价值斗争的复杂。

就价值态度立场问题看，毋庸置疑，法律变革的任何主张，即使以“来自域外的法律制度”话语作为表现形式，亦常包含我们本身的一个法律变革的价值倾向，或一个广义的“立法式 ”主张的价值倾向。作为例子，就中国而言，我们赏识或不屑的“法庭诉辩制 ”“财产信托制 ”，我们赞叹或贬抑的“证券交易制 ”“财物拍卖制 ”，尽管总明显表现在域外的法律制度之中，或来自其中，但其之于我们，其所引发的我们态度的产生，则常和我们对制度变革、广义“立法”的价值预期，密切相关。一方面，或许因为发现，政治、经济、文化中缺乏了某种因素，或根本就不需要某种东西，或者，因为发现，具有或没有某种制度从而导致我们社会的政治、经济、文化运作出现，或幸亏没有出现某种结果，故我们产生了价值预期，我们希望，制度应以此种而非另种方式加以变革，应以这种而非另种方式加以“立法 ”，我们希望，在法律移植中，发现这些价值预期的解决方案。另一方面，当赏识或不屑，赞叹或贬抑时，我们总会结合自己的现实制度条件、制度效果，最重要的，结合在政治经济文化上 “我们究竟需要什么”这一价值问题，以论证自己态度的产生理由，进一步，论证法律移植是否应当。我们不会，且几乎从未真正出现过，仅在纯粹移植、多种制度选择的意义上，空谈外来制度如何。历史中，曾出现过的“法律移植讨论”众多现象，尤其实践中，几乎均表现出和本土内部法律变革，或广义“立法”上的价值意义的斗争相互联系的事实谱系。有关法律确立与否的价值预期，及由此而来的价值斗争，几乎从来均蕴涵在我们的法律移植态度中。

当然，笔者首先不否认，且不可能否认，存在某些外来的纯粹制度形式上的“移植 ”，如黑色的法袍、白色的假发、典章的文字，律文的结构。在此，笔者的确承认，如同人的肤色存在差异一样，法律表达的形式有时亦存在明显差异，故存在一个明显的移植问题。但即使仅就这种形式而言，我们依然可发现，其中常包含了隐蔽、实质内容的法律变革进而广义“立法”的价值主张。因为，一般情况下，在移入

这些外表形式时，人们显然不会简单因为其形式上的独特观赏功能，或其形式上的可有可无的一类“方便”，而采取移入行动。正因为，这些外表常包含了法律的实质意义，如黑色的法袍象征法律肃穆公平，故其即具有了移入的真实价值。也因此，其移入，包含了法律变革的实质内容，进而形成了一个广义的“立法式”价值主张。

由此，可概括得出一个重要结论：域外法律制度是否移植，一般情况下，自然不是“纯粹性质”的，即从一个“已存”地方，走向一个“没有”地方。倒转看，当结合本土制度条件或制度效果及自己的价值观念，以讨论一种移植问题时，我们的制度设想和期待，常已悄悄进而深深“嵌入”了法律移植话语之中。换言之，在广义的法律变革这样一个事物中，或在广义的“立法式”活动中，实际上，总难想象，存在一个“纯粹外来的法律制度模式”，此制度模式，可外置从而跃离法律变革或广义“立法”的活动范围，或者，不是一类法律变革或广义“立法”的具体价值主张。进一步，我们可如此看问题：当一种和域外法律制度看似勾连的法律变革或广义“立法”活动，在其主张成功或失败时，与其认为，此为“法律移植的成功或失败”，此为法律移植的条件完全成熟的结果，或条件尚未具备的结果，不如直截了当指出，实质上，其为某种已深藏于我们法律价值倾向之中的本土法律变革，或广义“立法”的主张的成功或失败。问题的关键，完全可在于相反的言述：“法律移植的成功与失败”，其实质，常是某种本土法律变革主张，或广义“立法”主张及其价值的成功与失败。

亦由此，便能更深入理解本章第三部分揭示的一个重要问题：在法律移植的实践讨论及理论讨论中，为何当思索应接受法律移植时，人们总会倾向搜寻历史中有利法律移植的档案资料；反之，当认为应拒绝法律移植时，为何人们总会倾向发掘历史中不利法律移植的档案资料。此外，我们且能解释另一重要而有趣的问题：在法律移植的理论讨论或实践讨论中，为何总有些域外的制度，被“记住”“提升”“重

视”，而另一些被“遗忘”“搁置”“忽略”？其实，在此，当看到法律移植的实质特性时，亦可看到历史主义法律移植研究与广义“立法”价值问题的勾连关系。

五、法律与政治

如看到法律移植的实质特性，以及法律移植和广义“立法”价值追求的密切关联，看到法律移植研究，不可避免出现上述“偏见”（不含贬义），则我们另能推出更深一层的结论：法律移植，作为要求，某些情况下，甚至更多情况下，不过为运用“号称先进制度”的一类鼓动话语，以激励各类制度设计中的一个政治主张。在此，“法律移植是应该的”，其言说论证，实际上是一种以法律变革，或广义“立法”作为装饰的“政治压力”的策略表达；实际上，是一般性的法律变革或广义“立法”的一种正面（或负面）的“政治压力”的展示方式。通常看，我们的确难想象，存在一个“纯粹域外的法律制度模式”，以及由此而来的一个“纯粹的域外法律移植”，而其中，并不存在一个“政治化”的本土法律变革与否、本土广义“立法”与否的斗争策略。法律移植，其和当下的“政治”设想，密切纠缠，甚至正是当下“政治”设想的一个组成部分。[356]

为理解此“政治化”，可再回到前面第三部分提到的一个历史情景，即19世纪初期，德意志若干地区如何移植法国法律制度。其时，赞同移植一方，至少其中部分人，认为地方性的移植法国法典方式，可有效协助政治上的地方统一，而反对移植一方，认为地方性的移植，会阻碍德意志的全国统一。颇为有趣，即使反对移植的一方，其中相当一部分人，又期待将来在全德意志范围内移植法国法典模式，如此，即变成在反对“小”移植时赞同“大”移植。另一方面，新兴法律职业阶层和官僚阶层，希望通过移植法国法律制度的方式，以实现法律知识的专业占有，并实现地方权力及阶层权力的再分配，进而获取

更多政治利益，包括经济利益。所有这些，无一不在透露，作为广义“立法”斗争欲望的“政治化”。

从此更深一层的结论出发，我们可更深入理解另外四个与法律移植密切相关的问题。

第一，一种法律制度的设计，即使披上“来自先进国家（或地区）”的话语新衣，亦同样可能因为争论，或复杂的社会政治斗争，或复杂的思想观念冲击，而成功或失败。当然，如此情形，作为历史现象的呈现，对研究法律移植的人而言，几乎耳熟能详。本章提到这种情形，并非意在重温历史经验。本章目的，则在于提示这种情形所能表达的一般含义，即法律移植，尤其以本土自我接受方式表现出来的，其潜在包含的“先进域外制度 ”寓意，不会因为其所谓的先进寓意，便可产生“现代性 ”[357]的域外位移，必然进入所谓落后的本土；[358]亦不会因为其所谓的落后寓意，便可产生“前现代”的域外阻抑，必然退销所谓落后的域外。在此，并非所谓的“移植条件”是否具备，而是法律语境中的当下“政治化”的复杂斗争，既可能使具体的法律移植“顺产 ”，也可能使其“流产 ”，尽管，“顺产”或“流产”的方式，可能是不同的。就移植先进法律制度如何“流产”而言，对中国法律人来说，整部中国近代史，甚至现代史，其中可能包含了最刻骨铭心的例子。

第二，一种乐观的“目的论”式法律移植主张，可能需要我们慎重对待。这种目的论式主张认为，不论时间长短，先进法律制度，必然会从文明的域外走向落后的本土，或世界各个民族国家，总会朝向一个完美的法律制度迈进。[359]我认为，在这里，重要的并非是历史过程是否曾讲述过这样的“故事 ”，以及针对这样的“故事 ”，是否可发现，不同历史观察者会提出不同意见，而我们亦会读到“故事”的不同版本；重要的，在于如果相信这种“故事 ”，则可能或消极等待这

种“故事”呈现，放弃适度积极的行动，或盲目坚信一条道路即为“康庄大道”，不遗余力追求目标，进而忽视当下我们自己的真正需求，以及与我们共享相同时空的他者需求，还有其中的复杂，进一步，可能忽视后文将要细致阐述的“法律与政治”的应然关系，以及作为法律生产的基础的正当性问题，最终，忽视根据当下需求可采取的真正有益的行动。

第三，因为法律移植本身和复杂的社会、政治、经济、文化斗争相互交织，有时，甚至即为社会、政治、经济、文化斗争的一个组成部分，故“所谓先进”的域外法律制度主张，其在实践中的成功，并不一定和当下看似优势的社会、政治、经济、文化力量，存在正比关系。亦可运用相反陈述，以表达这里的意思，即由于上述缘故，社会、政治、经济、文化的当下看似优势力量，并不必然导致法律移植的成功。法律移植的制度运动、话语操作，从来依存于广义的社会、政治、经济、文化斗争，且在一定意义上，于其中被动展示自己机制，尽管，一定意义上，我们同样可认为，法律移植也在积极干预社会政治及其他。在此，使用“当下”“看似”等语词，意义在于表明，社会、政治、经济、文化等力量对比，是在动态过程中演化的。此时优势，在不确定的时间内，可成为彼时劣势；反之亦然。因为许多未知因素是存在的，其常影响优势劣势的位置互换。[360]在这里，如此看待问题，并非刻意强调一般意义的“事物偶然性”，且予夸大，也绝无推而广之的意思。如此看待问题，仅意在强调，在特定的法律移植语境中，作为场景的社会、政治、经济、文化是十分复杂的，而这种复杂，亦和具体个人的具体态度密切关联。我们需看到，法律移植和每个人的具体利益，最终是相互联系的，此联系或存在直接/间接之分，而个人，基于个人的具体利益，总会穿梭于社会、政治、经济、文化的现实舞台，施展“政治”策略，增添法律移植的变幻函数，使法律移植的运作，从一角度转向另一角度，从一方向转向另一方向，而且不断往复。

第四，赞同法律移植的观念，常预设一个假定前提，即国家的政治、经济优势和法律制度的所谓“先进”，存在密切联系，或法律制度的“先进”，极可能是国家政治、经济优势得以出现的因素之一，甚至是主要因素。故法律移植的走向，在赞同观念看，总是从强势域外走向弱势本土。以此为基础，法律移植的赞同话语，常试图运用“变法图强”的想象，施展自身的“政治”策略。[361]但此存在疑问。因为，历史亦曾出现政治、经济上的优势国家（或地区）移植弱势国家（或地区）法律，现存国家（或地区）移植已逝国家（或地区）法律的现象。[362]我们可发现，即使所谓弱势国家、已逝国家，同样可能存在某种“强势”因素，如文化，并且，政治、经济上的优势国家移植弱势国家法律，现存国家移植已逝国家法律的理由，亦常在于“强势文化”的“需要”，而这种“需要”已反映，“强势文化”，可带来更威权的政治、经济优势，或可以更有效巩固现存的政治实体，至少，作为政治、经济上的优势国家，或现存国家，发觉或相信，引入弱势国家或已逝国家的“强势”文化，可发挥如此作用。

六、关于法律移植的“当下社会共识”

如果法律移植的最终结果，就未来而言，总是不确定的，且历史主义法律移植研究的主要功能，仅在于提供较多的可测信息，发挥“思想节约”的经济原则，增添知识化的信心累积，不能解决法律移植的根本问题，与此同时，法律移植，为广义“立法”主张的一个组成部分，进而又为“政治”主张的一种表达方式，并且，在法律移植的过程中，我们每个人均可能遭遇具体利益的获得或丧失，均有自己的具体需求、主张，则“在当下展开社会共识建立的工作”，即为一个重要的基本选择，我们便需在“法律与政治”应然关系的基础上，将“现在进行时”的社会共识建立，提到议事日程。

本章中，“法律与政治”的应然关系被定义为：法律建设，历来均为政治解决方案的基本方式，至少应如此，故法律生产应在政治的自由交往、平等对话中，获得自己的正当性；同时，以此方式获得的正当性，亦能反向促使法律拥有社会成员尊重的“通行证”，进一步，促成法律的社会流通。依此定义，可认为，当法律移植是广义“立法”的一种表达方式，或一种“政治”诉求时，其实际上亦为社会法律生产的一个组成部分，且牵涉社会具体利益的各种冲突，故针对法律移植而产生的不同观念，在应然意义上，则需展开政治意义的交往对话，而交往对话，是法律移植过程中各类主体所能，尤其是所应采取的行动担当。我们甚至可认为，进而积极宣扬，各类主体在法律移植进程中，是有责任的，即有责任，去推进关于法律移植的共同观念的实现。其实，只有如此，法律移植才能促进自身在社会中的有效流通，其结果，才能具有正当性；更重要的，当法律移植的结果不成功时，使所有人来承担这样的后果，才能具有正当理由。[363]就此意义看，当下的关于法律移植的社会共识建立，变得十分重要，其中，即存在解决法律移植根本问题的可能途径。所谓“当下建立”，意思是指，成功的法律移植所依赖的社会共识，可以且有可能，在当下的语境中，予以建立，而面对法律移植问题时，最重要的，需从事“现在进行时”的社会观念沟通事业，而非在历史主义法律移植研究中，探求某种移植的成功经验、失败教训，将经验、教训作为当下法律移植行动的根据理由，或对比以往的经验、教训，以探求法律移植的条件与可能。从此出发，可进一步指出，若已意识当下建立本身可能时，则尽管存在各种观念斗争，但这种“意识”，依然能提醒人们注意应在具体语境中，努力推动主观化的社会共识的当下建立，进而形成具有指导意义的具体行动方案。人们可运用观念上的“交往流通”，及行动上的积极博弈，以期获得思想上的相互合作。在此，问题的关键，即只要面对法律移植现实，则需展开当下的正在进行的社会共识建立，因为，此为“法律与政治”应然关系的要求，亦为法律正当性问题的要

求，而只有注重当下的社会共识建立及在“当下”展开这一行动，获得的法律移植的行动方案才有可能（尽管并不必然）赢得社会的广泛支持，且顺利展开，尤为重要的，当这种方案在未来失败时，社会公众才会自愿接受不幸的结果。

当然，在这里，另需分辨两个看似相同、实为不同的概念：其一，作为法律移植条件的社会共识；其二，在当下建构中生发的社会共识。许多探讨法律移植的学术文本，特别是历史主义的，常将“社会共识是否已形成 ”，作为法律移植的一个基本条件来思考。这些文本以为，无此条件，法律移植似乎无从谈起，至少十分困难。[364] 而与此不同，本章讨论的社会共识及其和法律移植的关系，并不关注是否已存在作为基本条件的“社会共识 ”，而是关心，如何在“法律与政治”的应然思想推动中，行动起来，建构社会共识，即当法律移植问题出现时，在法律移植诉求和“社会共识”之间，建立一个当下、即时的互动关系。

在此，一个事实认定已被蕴含：当出现“是否法律移植”问题时，就社会整体而言，社会共识本身，实际上并不存在。一般看，现实常是，若任何一个域外法律制度试图进入原有本土法律语境，则进入本身，总易引发本土社区、社群的不同意见，因为，在本土社区、社群中，已存在相对持续稳定的一类法律秩序状态，且难以想象，此法律秩序状态与“域外法律”的观念，不会发生对峙、冲撞；此时，本土社区、社群中，总易出现观念上的“差异 ”，有人可能支持法律移植，有人可能反对。而正如前面曾提到的，法律移植，实质上是法律变革或广义“立法”的一种表达方式，在法律变革或广义“立法”的背景中，人们通常已出现或隐藏不同，甚至对立的“立法式”的具体价值期待。从此看，亦难想象，“新的法变 ”，及以此作为表达形式的法律移植，可不经引发争论的过程，一举证明自己的理所当然。故当“是否法律移植 ”的问题出现时，有如 “新的法变 ”正在出现一样，社会共识本身，即

为缺席，而社会共识本身是否可成为“法律移植的一个条件”，亦成疑问。进一步，谈论作为条件的社会共识，基本上没有意义，亦较虚幻，即使作为已分裂的社会观念，其中主要是赞同法律移植，或主要是反对的。

七、法律移植的具体机制

为理解“当下社会共识建立”的意义，理解其中“法律与政治”的不可回避的应然关系，进一步，为赋予理论以“可实践行动”的品格，亦使理论具有真实意义，从微观切入，即检视法律移植的具体机制，颇为重要。

关于法律移植的具体机制，一个人所共知但未必人所关注的事实状态，首先应予讨论，即法律移植过程中，法律、政治、经济的精英及文化精英，实际上总处于“前沿”位置。无论在欧洲中世纪出现的罗马法移植，还是在近代亚洲、非洲、拉丁美洲出现的欧洲法移植，以及在近代以来的所谓先进国家之间出现的法律移植，我们大体均能发现，初始阶段，各类精英的思想跃动，常发挥了旗帜作用。作为例子，可注意日本学者川岛武宜的一段关于法律精英的论述。川岛武宜指出，近代日本开始移植外国法律时，法学家发挥了关键作用，“在今天看来，不能不承认那些向外国、主要是德国和法国学习并如此精密、周到地起草了内容上与旧传统完全断绝的法典的人，是具备了优秀的头脑和知识的伟大的法学家”。[365]英国学者沃特森亦曾提到，大多数一般民众，对法律及法律移植总是漠不关心，对法律及法律移植的研究，事实上总是法学家的事情。[366]其实，作为常识，在各国各民族各个时期发生的法律移植事件中，人们均可发现这种事实状态。

在这里，可发现，各类精英的话语运作，在其尚未和社会各个阶层集团的利益发生实质勾连时，易隐藏导引未来社会观念发展方向的控制作用，而控制作用，亦可影响其他阶层集团对各自利益的重新体验及重新认识，进一步，影响这些阶层集团对法律移植可能采取的态度立场。[367] 因为，完全可理解，各类精英，掌握了跨语言的文化优先资源、跨权力的政治优先资源及跨资本的经济优先资源，而在今天时代，其同时掌握了与话语运作方向直接相关的、跨技术的媒体优先资源。[368]

在此，一个明显问题则是：在介绍、描述域外法律制度时，各类精英，常会在自己的“前见”影响下，实施有关“域外法律制度”的主观过滤；换言之，正像通常理解的，也像前面第二部分和第四部分提到的（即历史主义法律移植研究的“偏见”问题），当域外法律制度并非仅为单纯的所谓条文制度时，当此制度和许多周边的相关因素构成关于制度的复杂图景时，[369] 各类精英，若“发现”外来制度，且在后来对其举荐或贬抑，则常会“删减”或 “添增 ”对象制度的周边要素。[370] 以此角度看，首先经由各类精英发动的域外法律制度的认识，一般而言，不是且不可能是事物原本的“精确捕捉 ”，相反，其为伴随一定价值想象的一种“对象生产 ”。[371] 具体说，各类精英，总会在自己的职业活动，如例访外国、游学异域、倾听转述（域外人士的传述转述等）、阅读文本（外文或译文等）中，经由自己理解，形成自己有关域外法律制度的知识图景、价值想象。至少，从认识域外法律制度的动机、原因等方面看，我们易推知，各类精英的认识意识，总易受控于广义的物质文化、精神文化的征服与反征服、争斗与反争斗的价值倾向，[372] 并受控于广义“立法”的价值期待。[373] 这种价值倾向、价值期待，恰预示甚至表现了，以文化再生产作为方式的外国法律制度产品及其价值想象，有时是多向度的，甚至因人而异，且其间极易引发相关认识的“领导权”斗争。

在我看，由此也应提出，正因为各类精英的认识意识与广义“立法”的价值期待不可分割，故其只有且应当，在“法律与政治 ”的应然关系中，通过“政治化 ”的交往对话，以证明自己“领导权”的正当性，进一步，努力推动社会共识的初始建立，以形成具有全社会指导意义的法律移植方案。

关于法律移植的具体机制，其中另一事实状态也应讨论，即对法律移植的具体关注，主要是一个各类精英— —前述法律、政治、经济、文化精英— —的思想活动，至少，在法律移植话语开始运作时是如此，而大多数人，准确说，大多数一般民众，对法律移植的关注，常是松散的。此事实状态包含这样的引申含义：大多数人，尤其是作为一般民众，实际上不是通过直接对法律移植的态度立场，表达自己的不同意见或对立意见，[374] 而是通过对自身利益的关注，以间接对法律移植作出反应。从另外一种广义、深入的角度看，类似本文第三部分所分析，大多数一般民众对法律变革的态度，是广义的“立法式关注 ”，即从 “法律制定与己利益的关系 ”的角度出发。当缺乏跨语言的文化优先资源、跨权力的政治优先资源、跨资本的优先经济资源，以及缺乏跨技术的媒体优先资源时，同时，在更关注自己当下利益的情况下，他们只能以此态度，看待法律变革。

正因为第二个事实状态的存在，故可期待，或可寻找这样一种方向：通过话语的潜在“领导”作用及不断法律实践，引发大多数一般民众，对法律移植正面话语表达不懈支持。当各类精英通过启蒙式的法律移植引导后，大多数一般民众，尽管可能不会在抽象的法律价值意义上，支持法律移植的结果，但却可能通过自身的理性博弈的行动实践，以“经济人”角色，巧妙利用法律，进而推进法律移植的正面社会共识在本土语境中的整体释放、全面实现。大多数一般民众，其更关注自己当下利益的这种态度，决定了他们和各类精英之间的关于法律

移植的“教育权力”的相互位置，决定了社会共识所依赖的先导话语运作，其得以发挥作用的可能性，直至现实性。

当然，在精英与民众之间，尽管存在教育与被教育，或引导与被引导，或启蒙与被启蒙的权力位置关系，但同时亦存在十分重要的同类“法律与政治”含义的关系。[375] 在法律移植的初始阶段，甚至整个过程，各类精英，固然会发挥教育、引导或启蒙的作用，但其本身亦完全可能遭遇反教育、反引导或反启蒙。因为，其与大多数一般民众之间，同样存在利益分配，及利益期待、愿望、要求的不同，甚至斗争。在广义的“立法”意义上，以法律移植作为修辞手段的法律变革，同样将会引发各类利益的重新配置，从而引发不同甚至对立的利益冲突，进一步，引发被教育者、被引导者、被启蒙者的“利益”觉醒，由此，我们总会看到，或明或暗的教育与反教育、引导与反引导、启蒙与反启蒙的话语对抗。[376] 故掌握思想观念“领导权”的各类精英，其所引导的“教育式”“引导式”“启蒙式”的法律移植话语运作，同时也必定是同类“政治化”的，是在和大多数一般民众的“政治”交往过程中展开的，也必须要在这一过程中，证明自己的正当性。而恰在这里，我们亦能理解，在法律移植问题上，有些学者提出的“法律意识建设及提高以实现法律移植”一类的论述，[377] 至少某些情况下，实际上是法学、法律知识精英，自恃先锋的意识情结。因为，此仅包含了“教育”“引导”“启蒙”的观念，轻视了“反教育”“反引导”“反启蒙”，及“相互对话”的观念，且假设了法学、法律知识群体的不可置疑。

深入看，“政治化”的过程，意味着各类精英必须回答若干问题，如各类精英相互之间的利益，如何配置、对立？不同阶层之间的利益，如何配置、对立？各类精英作为整体，其和一般民众之间的利益，如何配置、对立？及大多数一般民众自我之间的利益，如何配置、对立……对问题的回答，意味着各种利益的交往和对话，此外，亦提示，各种利益的冲突解决，在社会中，特别是现代民主政治社

会，应当且必须以交往对话作为基础形式，展开惠及各方的“主体间的实践交流”。[378]在这个意义上，通过法律移植的具体问题凸现，尤其是通过对法律移植的“立法”式、法律变革式的具体认识的凸现，我们自然而然，甚至不可避免，需再次步入法律与政治的相互关系中，以尝试解决由此产生的各类相关问题；换言之，我们将不得不，在法律与政治的相互关联中，特别是整体社会的民主政治框架中，思考、破解在广义的法律变革内容中隐含的法律移植代码。

八、结语

行文至此，需特别指出，本章所说的当下社会共识建立，不是单纯思想化、想象化的话语活动，亦非纯粹的“主观理想”活动，和现实的物质世界、制度世界彼此隔绝。这种社会共识建立，应该且必将是，以真实的现实利益交换作为基础，和现实的物质化、制度化的事物，相互裹挟。就此而言，社会共识的建构行动，应在现实的物质化、制度化的利益复杂关系中，加以实现。亦在此意义上，对法律移植的认识，应该且不得不，建立在对现实利益对比关系的认识上，并建立在社会共识和现实利益彼此互动关系的分辨上。换言之，在我看，提出追求社会共识的建构，并不意味着，我们试图或可以“搁置”当下现存的社会其他状况，在有限意义上，我们可谈论作为条件的社会其他状况，故在有限意义上，我们可展开历史主义的法律移植研究。我们可认为，现有的各方面社会条件，当然需要给予关注，尤其是物质化、制度化的条件。这些条件，是法律移植的一类前提基础。

但首先应发觉，当开始谈论“是否法律移植”时，法律移植所需的一些基本物质化、制度化条件，总是“部分在场”，恰如赞同移植的作为部分社会观念的话语理论总是“部分在场”一样，否则，逻辑上，我们本身即缺乏必要的条件，进行“是否移植”的讨论，或我们根本不会讨论“是否移植”。作为例子，可提到，其实也是中国曾经历的，一个

国家，只有当其存在部分甚或是萌芽的市场经济的运作模式，讨论是否移植域外的基于市场经济而产生的经济合同法律，才会具有条件，或域外的此类法律移植，才有可能被讨论；反之，如果根本不存在部分市场经济的运作，甚至萌芽，仅存在统制经济的单纯模式，则进行讨论的条件，即十分可疑，且关于域外经济合同法律的移植讨论，几乎不会出现，毕竟，没有任何现实意义。故本文在此提到这些物质化、制度化条件，显然不同于通常的“一般条件是否具备”的法律移植讨论。

从这一角度看，本章所论证的观点，进而包含这样一个重要内容：当下社会共识的建立，要比物质化、制度化条件的理解，更重要、关键。当然，亦需强调，前者与后者之间的关系，是相对而言的，前者仅相对来说更重要、关键，且仅就“法律移植”这一相对具体语境而言。因为，我们是在前提基础“部分已存在”的条件下，讨论“是否法律移植 ”，而在部分前提基础已存在的条件下，当下社会共识的建构，是根本性、关键性的，且是必须提交议事日程的总体任务，不论这种前提基础，主要是适应法律移植的，还是相反。[379] 就此看，本文没有，且不可能，单独、空洞地谈论社会共识的建构。

类似的，亦在这个意义上，面对是否法律移植时，我们的真正任务，不是关注物质化、制度化的条件，至少，不仅是“盯住”这些条件。这些条件，当然也会发挥作用，且有时发挥重要的基础作用。我们的真正任务，与此极为不同，恰需着重建设社会共识。由此展开，法律移植的讨论，亦将“条件是否具备”变成了“行动起来”的话语运作、共同的话语前进。我们应注意，在这里，依然需贯彻“具体问题具体分析”的辩证唯物主义思路：关注法律移植的特殊性及特定语境，并将精神因素的重要，提升在物质因素之上。无论如何，法律移植是广义“立法”的一种表现，其具体方案，既有可能成功，亦有可能失败，

其在未来具有或然性，且在最终意义上，法律移植应在“法律与政治”的应然关系中，展示自己的正当性。[380]

对本章逻辑而言，另一可能不容忽略的问题，则是本章对社会共识建构“现在进行时”的论证，在若干地方（正文和注释中），亦借助了“历史平台”，即历史的事例叙述，[381]此是否意味着，本章对历史主义法律移植研究的瓦解，亦潜在包含本章主题思想的瓦解？如果的确如此，则本章论证面对自我解构。我承认，若干历史事例运用，为本章叙述不可分割的一部分，其叙述功能，不可缺少；此外，从更广泛意义说，对一般社会问题的其他各类文本叙述而言，历史事例运用，几乎从来无法避免，我们总需借助这种叙述，从侧面或从某种角度，以展开主题思考。

但本章事例运用，其论证方向，显然不同于法律移植的历史主义研究，其叙述目的，在于当下的话语提倡，而非后者的普遍命题化的理论言说。正因为论证方向、叙述目的不同，作为手段的历史事例运用，在两者之间，则产生逻辑推进的功能区别。其一，针对本章社会共识的即时建构，历史事例运用，仅为厘定手段，属于十分显然、被设定为“指出”的修辞方式，仅包含“历史曾如此”的判断含义；相反，针对法律移植的历史主义研究，历史事例运用，是论证基础，属于或明或暗、被认定为“证据”的逻辑支点，包含“历史已证明”的推理含义。[382]其二，在本章“社会共识积极建构”的主张中，历史事例运用，和“法律与政治”的应然预设，相互关联，并以此预设为基础，发挥叙述作用，同时依附于“从法律看历史”的立场，[383]至少此为出发点；与此区别，在法律移植的历史主义研究中，历史事例运用，常避开“法律与政治”的应然预设，且以“历史经验主义”为基础，同时主要依附于“从历史看法律”的观点，至少此为基本目的。故本章社会共识积极建构的立论，在推进过程中，将历史事例运用作为“政法式”的叙

述环节，抛弃了“历史式”，进一步，本章整体论证，在瓦解后者时，不存在自我瓦解。

最后，作为结束语的一部分，应坦言，本章如同第一章，或许颇有“怀疑”、特别是“历史怀疑”的情绪。但本章亦肯定是“现实积极”的，且是社会参与式的“积极激进”。因为，针对法律移植这一具体对象，从法律看历史，从“法律政治学”的应然角度分析问题，进一步，竭力宣扬且论证“当下行动”的社会共识建构的意义，是本章的叙事主干。我的确相信，就法律移植而言，法学考察及随之而来的法学深思，乃至更进一步的法学呼唤，是法学研究主体的当下的实质责任，其为“法律与政治”的应然预设，包括“从法律看历史”这一基本原理，所推演而出的逻辑结论。

第五章　现代性观念与现代法治——一个诊断分析

如果一个哲学家一旦抓住了某个他喜爱的原理，而这个原理也许能说明许多自然现象，他就会把这个原理扩大到说明整个世界……[384]

……将法律置于主权者之上，便同时也将一个法官和惩办他的权力当局置于他之上，这样便造成了一个新的主权者。[385]

一、问题和必要的说明

第四章，对“法律移植话语”，展开了详尽分析。在我看，从理论和实践两个层面切入，可更为深刻理解这一话语“历史主义”的问题实质，特别是，如果我们采用“从法律看历史”的视角，而非“从历史看法律”，则“法律移植话语”和广义的立法实践的相互关联，以及法律移植背后的“立法斗争”实质，可清晰呈现出来。这一实质，意味着，关于法律移植的争论，不是一个“移植条件是否具备”的实证检测问题，亦非一个“本土法律状况和域外法律状况相互比较是否对应”的经验判断问题，与此极为不同，是一个“应如何立法”，及“如何利用法律移植话语”的“规范”问题。故相对本书主题，即理论中的法律知识和实践中的法律知识的关系，在以法律移植为显著标志之一的法律问题上，我们则可引入法学理论和法学主体，其“政治正当性”的立场分析，进一步，从法学、法律主体角色的视野，推进对本书主题的深入理解。

第四章，针对法律移植，曾强调一个“法律现代性”的问题，即从近现代的法律、法学变迁看，作为一种追随“直线前进 ”“向既定目标不断迈进”意识的现代性观念，常伴随着“本土”对“域外”的法律渴望。而“法律现代性”的问题，已预示本章的一个基本主题，即现代法治话语和现代性观念，如何相互“合谋 ”，以及无论作为“理论”的，还是作为“实践”的，两者对中国法学、法律产生了怎样的影响，进一步，我们应如何对待两者的意义。实际上，深入展开对法律移植问题的思考，势必从一个方向，走进“现代性观念”与“现代法治”的范畴。

故本章，将对 “现代性观念 ”与 “现代法治 ”[386] 的有关问题，作出分析，进而从新的领域，拓展本书的主题思考。

本章副题，使用“诊断”一词，其意在表明，针对分析对象，本章具有“批判性”的分析意识。而由此，必须说明的，则是针对本书主题，这一章试图揭示这样一个观念：理论中的法律知识和实践中的法律知识，在相互裹挟时，特别是，当两者伴随“现代性观念”和“现代法治”并共同向前推进发展时，可能存在一个“本身利益，即法律阶层的利益，压迫另外一类利益”的问题。换言之，现代法律职业的起步、巩固、扩张，是经由近现代历史的“现代性”意识形态及现代法治意识形态，发展而来，而其中经培育的包含自我利益的阶层集团，可能亦在起步、巩固、扩张。这意味着，本章在新的层面上，试图继续运用历史唯物主义、阶级分析的学术策略，将本书主题，从“法律的批判反思”的角度，予以深化。

“现代性观念”是一个较抽象的用语，且相对法学语境而言，为晚近的“语词成员 ”，故首先需对其作出必要的限定、说明。本章使用“现代性观念 ”，并非希望标新立异，而是因为相信，在澄清该词的大致含义后，我们可较为顺利探讨一些相关问题，且对法律而言，其的确包含应予剖析的理论与实践的意义。另外可认为，“现代性观念

”，为较好且便利的语词工具，其包含一些特定的语意，这些语意，可能是其他语词不易阐发和指示的，故舍弃该词语，可能会导致某些问题的不易梳理、廓清。

“现代法治”作为语词，则为人们颇为熟悉，但如同“现代性观念”，其亦包含许多不易澄清的含义，从各种角度，我们均可对“现代法治”作出自己的理解和说明。[387] 以学术论，尽管某些学者认为，对“现代法治”存在较普遍的一般理解，[388] 但大多数学者，实际上均已提出自己的“现代法治”观念，或概念的定位标向。[389] 在我看，“现代法治”是一个历史的概念，作为话语标记，其和历史语境相互交织，具有变迁的谱系，故有如过去的历史主体基于自己的历史条件，不能且无法要求后来的历史主体对“法治”只能作出一种理解一样，现时的社会主体基于及囿于自己的现实条件，不能且也不应期待过去的历史主体，只能表达一类的“法治”意识。而出于同样目的，即顺利探讨问题，本章在说明“现代性观念 ”后，亦对“现代法治”作出必要的说明。

在此，需事先表明，澄清和说明两个语词时，本章将尽量尊重当下人文社会科学界对两词已有的、较为普遍的“大致含义指涉”。因为，我们是在当下语境，探讨问题。

“现代性观念”和“现代法治 ”，均表达了某种社会意识形态。作为话语的宣扬及传播，“现代性观念”和“现代法治 ”，在当下中国法律和法学中，甚至在其他政治、经济、文化或社会领域中，发挥了十分重要的意识形态导引作用。本章将指出，“现代性观念 ”，作为观念，是存在问题的，其遮蔽了社会历史变化的相当重要的复杂性、多样性，易使人们对社会的建设方案出现片面、直线、“纯粹”的理解，且易使人们对社会建设方案的“他者”要素，视而不见。在分析“现代性观念”的问题时，本章将会指出，尽管“现代法治 ”，其作为观念，在当下中国具有积极意义，且对“现代法治”观念推动的法治现代化的总体

建设方案颇多微词，亦为徒劳无益，但“现代性观念”操纵下的“现代法治”，仍需我们对之作出某些“诊断式”的分析。“诊断式”的分析，意在指出问题。在我看，探讨中国的法治，是为解决中国的法治问题，当可以揭示“现代性观念”的问题时，我们亦能发现，“现代性观念”掩护下的“现代法治”，同样存在问题，而“诊断式”分析后，进一步，我们亦能觉察，另类解决中国法治问题的方向和前景，也是需要的，而另类法治建设的设想、方案，同样需要。

应事先着重说明，对“现代性观念”和“现代法治”进行诊断式的分析，并非反对现代化（后文，将说明“现代化”和“现代性”及“现代性观念”的关系）及现代法治，拒斥其在中国当下语境中的适当推进；某种意义上，这种分析，目的在于更好促进现代化、现代法治在中国的有益健康的展开，使现代法治，成为中国社会主义法治的建设性补充。本章中，“诊断式”的分析，仅意味着在理解支持法律职业主流观念的同时，揭发问题的另一方面，提示问题的另一思路。

二、现代性和现代性观念

理解“现代性观念”，其前提是理解“现代性”，故首先需对后者作出大致解释。[390]

在当代中国的人文社会科学语境中，“现代性”一词，大体来自英语的“modernity”。[391]作为语词的使用，其与我们现在所熟悉的“现代化”，存在重要区别。“现代性”不是一个时间化的定点概念，一般看，其指社会历史的总体直线性的进步，而与此不同，“现代化”，指示一种特定时代印记的“先进状态”，具有相对固定的时间限定、形态标志，为时间化的定点概念。“现代性”一词的意思，是在说明，社会历史固然复杂，但从整体看，存在一种循序渐进的发展前进模式，此模式，在历史的某一时刻出现了，且伴随各种社会之间的交互作用，

[392]其逐渐呈现了“代表性 ”“旗帜性 ”，进一步，率领各种社会在不同的时间段，走向相同的目的地。

英国学者吉登斯（Anthony Giddens），在自己富有影响的著述中，提出一个见解，即“现代性”实为一种社会生活（social life）或组织（organization）的发展模式，其大约从17世纪欧洲起源，且此发展模式，在后来的若干世纪中，或多或少对全球世界产生了影响。[393]吉登斯对 “现代性 ”的解释，主要针对西方资本主义现代性而言，但如果将吉登斯对西方资本主义现代性所作的解释，作为一个有关“现代性”解释的典型例子，则我们可发现，其解释思路，已为当下中国的人文社会科学学者，普遍接受。[394]

依此思路，我们可认为，“现代性”一词，并不直接标明编年历史的时间表序，如欧洲17世纪至20世纪的时序。换言之，与“现代化”一词相区别，“现代性”未表明某一历史现象出现于历史之中的某一世纪或某一年代。这意味着，如果认为“现代化 ”始于近代，如17世纪或18世纪，成于现代，如19世纪末20世纪初，则我们便可认为，“现代性”可能已完整出现在近代某一具体时刻，如17世纪，或相对不同思想群体及个人而言，其可能已出现在其他时代的某具体时刻，如20世纪。[395]简单而言，“现代性 ”并不存在“始于何时、成于何时”这样的编年历史问题。概括说，“现代性”意在表明，一种社会变化的特性，可能出现在任何时刻，其指示人类社会历史不断前进的一种性质，而“现代化 ”，是在说明社会历史发展的定点过程及特定社会历史的表现形态。

当然，亦应注意，“现代性”和“现代化”的进程，在某些具体的历史图景中，彼此交叉，而“现代化”过程的展示本身，亦已表现了一种“现代性 ”，故我们所谈论的“现代化 ”，进而包含了一种“现代性 ”，

这种“现代性”，其本身从另外辅助角度出发，证明着“现代化”的合法性和不可抗拒性。

具体说，我们现在所谈论的“现代化”，常指发端于具体地缘，尤其是近代西方，其工业转向、科技发达、资本累积、对外扩张、法律自治、科层掌管、民主实现等变化状态，[396] 而这一变化状态，提示且展现了“推进”“征服”“解放”的表象代码，故“现代性”，自然成为“现代化”的一种时代隐喻，且成为“现代化”的时代路标，进一步，在证明“现代化”具有合法性时，证明自己的合法性，且证明自己具有并应具有的强势正当性。在这个意义上，人们最初理解的“现代性”，和具体地缘的“现代化”发展，密切相互联系。应指出这一点，此十分必要，因为，对人们谈论的“现代性”的具体生发有所认识和剖解，是考察“现代性观念”的重要前提。

从另外角度看，“现代性”作为语词，乃至作为一种观念，其产生和人们对社会历史发展的认识，彼此勾连。此意思是，“现代性”是一种有关“特性、特征”的思考判断，其因人们解读社会历史变迁的过程而获得。当对具体地缘的现代化变迁进行历史考察时，人们得出了某种“这是历史前进形态”的结论。具体地缘的现代化变迁，是自我呈现的历史材料，此材料，不能自我解读、认识，当其被纳入人们的理解视域时，需主体的理解、断定。人们可以认为历史材料本身呈现了一种意义，但意义本身，终究作为人们发觉理解的意义而存在。正是基于对相关的不计其数的历史证据进行排列编织、标明位置，“现代性”的认识，终于在人们的历史理解视野中呈现。从此种角度看，与其认为，“现代性”是具体地缘现代化变迁的必然特性，不如认为，其为人们阅读这一变迁获得的思想判断和信念。并且，我们的确可认为，“现代性”的提出，其本身作为观念，即为一种具体的历史呈现。

现讨论“现代性观念”。

其实，人们主观认识到的“现代性”，经过人们进一步的理解和阐发，并且抽象，拥有普遍性的理论成分及话语范式，便会逐步形成一种宏大意识形态的思想观念，此思想观念，即为“现代性观念”。

“现代性观念”的重要特点，在于运用高度理性化的意念，并被高度理性化的欲望驱使，以解说社会历史进程中的“阶段性”“前进性”和“必然性”。[397] 在“现代性观念”看，作为整体的社会历史，其以弱小而孤立的狩猎、采集文化作为“开端”，后进入种植、畜牧社区的持续发展，在这种发展中，农业国家的渐次展开，包含了强大的农业帝国的逐步形成，最后，社会历史，以现代社会在世界某一区域——如西方地缘——的出现，作为“自己前进”的“顶点”。[398] 当然，由于各个地区、各个民族国家的发展，存在快速和缓慢的样式或形态，“现代性观念”相信，余下问题，则是“最高形态”的社会如何向其他地区或民族国家进行伸延、“统率”，无论这种伸延、“统率”，是以殖民战争的扩张形式作为表现，还是以其他较为“温和文明”的扩展形式作为表现。在“现代性观念”的视野中，社会历史的发展，总体上，是不断向前推进的。

我们可发现，“现代性观念”具有一种进化论的基本立场，即坚信，社会历史的确具有某种组织形式与变革谱系的一致性原则，此一致性原则，其表现或是理性原则，或是市场原则，或是法治原则，不一而足。“现代性观念”相信，一致性原则，按照进化的程序步步演变而来，虽然不可能一朝一夕得以实现，但终究不可抗拒。进一步，在“现代性观念”的视野中，社会历史的演变背后，便被认为隐藏着一条“故事主线”，且人类活动的变迁，便被框定在井然有序、前后相连的从未间断的画面中。[399]

从此出发，“现代性观念”，恪守“历史当然具有必然连续性”的立场，亦即认为，对昨天的理解认识，一定可使我们清晰分辨、把握今

天，且可使我们走向具有确定性的明天。如此，我们的未来展望，进一步，具有了可靠的“理性推断”的基础。

因为“现代性”的认识与具体地缘的现代化进程，存在具体的历史关联，故可指出，“现代性观念”实际上是具体地缘现代化变迁中“现代性”的“思考膨胀”。具体说，“现代性观念”，在具体地缘的现代化历史背景中，得以累积话语资源，其在具体区域的历史变迁中，号称“发现”了普遍的社会历史发展的动力原则，且坚信自己的“发现”，是种“范例”的发现，进一步，坚信自己可以且亦有理由将这种“发现”推而广之。这个意义上，我们可认为，“现代性观念”是对特定历史材料的“扩张阐释”，甚至是“夸张”，其本身，实为特定历史条件下的思想意识，是一种忽略自己特定性的特定性产物。

毫无疑问，正如前文所述，具体地缘的现代化变迁常指西方的现代化进程。西方的现代化进程，表现出巨大的震撼力及诱惑力，而在后来的国际区域社会交往或较量中，其表现出的“实力”，令人无法忽视，人们的确承认，这样一种现代化进程带来的成果，不可比拟，亦无法替代。自然，西方的现代化进程，和西方的近代自然科学及技术的发展，存在密切联系，而西方近代科技，理性化色彩极为浓重，其的确形成了“无法抵御的实力”的基础，同时，赋予“实力”以强势的魅力及吸引。正是如此一种历史状态下，“现代性观念”的形成与发展，获得了助推意义的资源和动力。从历史时间的角度看，“现代性观念”，亦的确起源、呈现于近代西方的社会语境。

故需指出，西方近代自然科学及技术的学科权力的张扬，一方面，催发了西方现代化进程，另一方面，间接刺激了意识形态领域中的“现代性观念”，使“现代性观念”，展示了强而有力、争夺人文社会科学话语领导权的竞技状态和思想武装。换言之，正是在近代的西方社会，我们才发现了带有科技印记的“现代性观念”的逐渐膨胀，[400]

而同时，西方近代自然科学及技术的“变化”，给人们的印象乃至信念，即为不断向前发展，因为，其带来了巨大的“不断推进”及社会物质持续增量的吸引力。此便难怪，在讨论现代性问题时，有学者认为，“同前现代的任何一种体系相比较，现代社会制度的发展以及它们在全球范围的扩张，为人们创造了数不胜数的享受安全和生活的机会”。[401]

当然，我们还需看到事物变化的复杂。

第一，我们需注意，现代性引发的“现代性观念”，在后来的历史变迁中，并非是单向、单一的。在不同意识形态中，“现代性观念”可表现出差异，甚至矛盾，如在资本主义性质的意识形态中，“现代性观念”，表现出对工业进步、科技发达、资本累积、对外扩张、法律自治、宪政民主等样式状态的青睐，并对其表示赞许，而在社会主义性质的意识形态中，“现代性观念”，表现出对红色革命、阶级斗争、统一政权、集中领导、终结市场、走向计划、废除科层——显然包括法律科层——等样式状态的推崇，并对其表示褒奖。[402]

第二，在某些“现代性观念”之间，我们可发现“推论主张”意义的相互联结、彼此延续。如在社会主义性质的意识形态中，资本主义的现代性，必将延续为社会主义的现代性，资本主义的社会形体，本身便孕育着社会主义的发展萌芽，进一步，必将为社会主义的新型“前进”所超越。换言之，资本主义作为一个历史发展的必经阶段，终将被社会主义及更高级的社会形态所代替。与此相反，在资本主义的意识形态中，社会主义的现代性，是非正常的，社会主义的“现代性”，人为修正了人类社会的进程时间表，故社会主义现代性，其本身即为社会进化的人为抗拒与变异。

第三，在社会意识形态中，“现代性观念”是多层次、多方面的。尽管存在总体的期待与展望，但在细节方面，“现代性观念”亦在宣

扬、支持枝节的“现代性意识”。如在政治方面，我们便可发现这样一些“现代性意识”：“人类的社会历史，是从专制走向民主的”，或与之相反，“人类的社会历史，是从松散走向集中的”；在经济方面，我们亦能看到大致相同的“现代性意识”：“经济的发展，是从自足经济走向市场经济的”，或与此相反，“经济的发展，是从自由经济走向计划经济的”；在法律方面，我们同样可发现类似的“现代性意识”：“人类社会的法律，必然是从习惯法走向成文法的”，或者，“人类社会的法律，必然是从简单化走向复杂化的”，或者，“人类社会的法律，必然是从义务本位走向权利本位的”。[403]

此外，另需我们注意的，则是“现代性观念”，又在反向催发现实中的“现代性运动”。“现代性观念”，表现了乐观的前进信念，其许诺社会发展的阶梯渐进，故对寻求现代化的民族国家，其具有巨大的吸引力。在“现代性观念”的诱导下，人们易认为，获得行动的目的和方向，可轻而易举，并且因此充满信心。在社会实践的运作中，“现代性观念”已导致某些现代性的社会行动，而作为意识形态的理论话语，进一步，已树立了社会实践活动的运作路标。

三、现代法治

从某种意义看，将“现代性观念”和“现代法治”联系起来，进行话语分析，是颇为重要的，亦自然可行。因为，以观念谱系的场域来观察，特定种类的“现代性观念”，如西方资本主义现代性观念，其和“现代法治”，存在某些重要关联。此外，“现代性观念”源自“现代性”的认识，而人们认识理解中的一类“现代性”，本身便包含“现代法治”的若干内容。我们亦可认为，“现代法治”，本身便是人们认识理解中的一类“现代性”的一部分。

如前所述，“现代性”表现了一种社会历史的全方位的总体前进，在这样一种总体前进的宏伟图景中，至少就某类现代性观念而言，“现代法治”，扮演了重要的制度辅助角色。从观念的历史演化时间看，“现代法治”和其他“现代性”（在此主要指资本主义现代性）的方面，如工业进步、科技发达，几乎是同步向前推进的，亦几乎同步向其他地域扩展。[404]

一般意义上，“现代法治”，来自近代的西方法治理论，当然，如本章开始提到的，对法治的要素和观念，人们存在各种看法，正像有学者所指出的，在人们的各种理解中，法治的含义如同一匹桀骜不驯的烈马，无法驾驭。[405] 在我看，试图运用语言图画理论，[406] 以精确解释“法治”及“现代法治”，是没有意义的。“法治”，特别是“现代法治”，作为一类观念，甚至作为社会政治法律的类型状态，其本身，即在不同的历史时期和语境中演化变迁。[407] 显然，我们无法站在所谓超越历史的角度，以概括这些词语的“本质”含义；我们最多可从事的，且亦为真实有意义的，则是在特定语境中，对“法治”及“现代法治”观念，作出语境化的阐释。因为，对“法治”及“现代法治”的理解，显然和主张者、解释者，其所处的当下社会历史条件，存在密切联系。最重要的，则是“法治”及“现代法治”的一类观念，是标识策略、立场的话语意识形态，其在特定历史条件中产生，并向特定历史社会标明姿态，阐发观念，以表达人们的制度诉求的意愿和意志。[408] 本章中，所以使用“现代法治”而非“法治”作为分析的关键语词，正因为我认为，在本章的语境中，以及在“现代性观念”和“现代法治”的叙事关系中，“现代法治”与我所做的分析阐述，存在较密切的“历史语境关联”。

在“现代法治”中，我们可发现，“规则统治”的含义，已被融入重要的“权力关系配置”的理念。我们亦可这样认为，在“现代法治”的话语中，“权力配置”的意义，是更基本的，而在此配置中，权力分立、

权力制约、司法独立等，是我们理解“现代法治”的必要途径，或关键路向。

我赞同英国现代学者詹宁斯提出的此看法：法治必须具有分权的含义，如果各种权力集中于一个机构，则我们看到的，便是独裁或专制，即潜在的暴政。[409] 我亦赞同美国现代学者维尔（M.J.C.Vile）的一个论述：

如果我们的体制想要在本质上维持一种以“法律”统治的制度，那么，就必须对政府的机构行使某些形式的控制。如果我们放弃这一法律哲学，那么我们又何以防止单纯的权宜之策逐渐堕落成专断的统治？这不是一个查理一世、一个克伦威尔，或一个希特勒的专断，而是一个由意图良好的、对一连串权宜决策将导向何处必定只有有限想象和有限裁断能力的人们所组成的巨大机器的专断。[410]

从另外角度看，如果的确存在“前现代法治”和“现代法治 ”的分野，则“现代法治 ”，其与前者的重要区别，便在于政治性质的“权力关系重新建构 ”，走进“规则运作”的内在框架。正是在此重要问题上，我倾向于认为，将“权力配置”的意义纳入“法治”的场域，是“法治”话语具有历史意义的革命性变迁，[411] 亦为现代法治开始诞生的标志。

自然可看出，在“前现代法治”观念中，“规则统治”的观念居于核心地位，而人们习惯认为，规则具有首要的意义。但人们亦的确逐渐发现，“规则统治”的观念，终究较 脆弱。在此，问题的关键，并非规则是否存在及规则是否完善，而是规则在运作过程中需要人们的主观理解。[412] 主观理解，是将规则性质的法律文字诉诸社会现实的必需通道，而此种“理解 ”，亦会产生困难，即使在主观理解者的良好道德意识、信念的背景下，如颇为信仰法治，有时仍会如此。因为，规则的语意含义，处于不同的社会环境及处于不同的人文观念场域，会呈

现不同的意义理解。[413] 最重要的，则是只要存在纠纷、争议及人们希望运用法律的方式来解决，则不同的意义理解，总会时隐时现，或总是“在场 ”。[414] 故结果便是人们将不得不面临“不同见解式”的纷争场景。

从这点看，立法和执法、立法和司法的关系，远非人们想象的，是颇为简单与直线的，亦即执法、司法仅为立法的 “传声布道 ”，或如孟德斯鸠所说，前两者为立法的“代言人 ”。[415] 正是在此，我们可发现，执法、司法也许是另外方式的 “立法延伸 ”，或“立法分享”。[416]

不能否认，某些情况下，人们对规则的意义具有共同的理解，此亦为前文在“较脆弱”表述中将“较”字加上重点符号的缘由所在，否则，的确难想象，为何规则可存留在社会中。但规则的出现，终究是种临时性的“共时意见达成”的表现，在特定时间，人们之间，可由于一致或妥协的缘由，而出现共同的行为准则的意见，同时进一步，随着时间和空间场所的变化，不同意见，完全可能再次出现。不论不同意见的一方人数是众多，还是稀少，亦不论不同意见呈现的时间、空间的范围，十分广泛，还是十分局部，不同意见本身，均表明对规则完全可能出现“不同的理解 ”。此外，如果承认规则的含义，是在规则文本和规则读者之间的关系中建构的，而且，规则的含义，不是“本质”意义上的，则一种结论便无法回避：“人数众多 ”，本身不能证明众多人数所持的理解意见，具有天然的合法性，以及“不同意见的存在的时间极有限 ”，其本身，不能表明不同意见是没有实质意义的。进一步，我们亦需注意，社会中已经且不断呈现的修改、补充、解释法律等，另从侧面说明，“不同理解”已存在，或随时可能出现，且不可避免。

概言之，由此意义出发，权力的分立制约和司法独立，其价值，远超人们一般想象的政治价值。换言之，这种分立制约及由此而来的

司法独立，具有十分重要的“权力重新配置”的政治功能，不是“谁立法、谁执法、谁司法”的简单分工及“有法可依、有法必依”如此简单的规则治理。至少，我们可这样断定，“现代法治 ”，一方面存在极有限的 “规则统治 ”的面相，另一方面，则是可能存在十分广阔的“权力平衡”的面相，而在后者中，“规则 ”完全可能成为权力制衡较量的竞技平台。[417]

当然，上面对“现代法治”所做的解读，既可能是深度描述，亦可能是过度阐释。但经过分析，在某种意义上，我们的确可宣称或不得不承认，在法律规则存在的前提下提出权力分立制约及司法独立，实质上是在重要层面上提出“人的权力 ”，更准确说“阶层的权力 ”，而非“法的权力 ”，其分享与平衡。这便不奇怪，在看待英国学者戴雪的法治含义时，有学者这样认为：

戴雪所说的“英国人受法律的统治，而且只受法律的统治 ”，实际上意指“英国人受法官的统治，而且只受法官的统治”。[418]

而且，事实上，如人们所熟悉的，从微观历史具体方面看，“现代法治”形态和具体地缘的社会政治力量的对比，存在重要关联，其和某些社会阶层集团的利益驱使，存在重要互动。“现代法治”的若干重要原则和理念，不是也不可能是，社会的全体人民提出的政治要求。这些原则和理念的提出，在特定的具体历史条件下，正是特定社会阶层集团的政治愿望。[419]具体历史层面的证据本身亦已揭示，“现代法治 ”，从其产生之日起，便带有社会不同阶层集团的权力分享要求的印记。[420]

此外，我认为需进一步注意的，则是权力分立制约，表现了“社会力量均衡”的理念，司法独立，表现了“职业科层”的理念。[421]从此角度看，“社会力量均衡”理念及“职业科层”理念，均为“现代法治”的深层意识形态的核心要素。依照此理解思路，现代法治，总体上，完全

可成为一个法律职业阶层的统治，其具有职业科层分享直至把握运用社会终极权力的性质。因为，只要存在对法律规则需要理解的问题，则司法独立，实质上意味着职业化的司法阶层，可享有最终决定法律含义的权力。而职业科层，实质上正是社会的中产阶级或中等阶层的“专业代码”。[422]

四、现代性观念与现代法治的关系

现在可转入对“现代性观念”和“现代法治”及两者的相互关系，展开“诊断式”分析。

就“现代性观念”看，首先，其存在一个根本性的困境，即我们并不知道社会历史在总体上，是否为直线向前发展的。此“观念”，替我们描绘的，是一个宏伟但又无法证明的历史命题。而深入看，如前所述，我们完全可发现，与其认为“直线向前发展”的结论，是客观的发现，不如认为其是我们意识形态的思想结果，或者，正是在我们的背景话语的影响下，我们看出且得出，所谓的“直线向前发展”的结论，并乐观相信此为真实。

显然，从实际出发，只要不断深入“阅读”社会的现实及历史的材料，我们便有能力不断发现相反的结论，且此相反结论，完全可指向社会历史的断裂性、偶然性。部分的实证研究，如人类学、微观历史学、社会学的，以及意识形态话语的分析，或我们使用的语言的分析，可以且已经，从若干重要侧面揭示了这里的关键症结。[423]我们可发现，正是在特定语境中，我们得以认识、分析特定语境中的社会现象，我们没有能力站在一个“外在客观”的立场上，观察社会对象。如果我们可搜寻理由，以论证社会历史的“直线向前发展”，我们亦可搜寻理由，以论证社会历史的“多面松散变化”。故“现代性观念”，无论怎样试图跳出自身之外，指点社会历史发展的路标，其依然依赖某

些以不完全归纳方式获得的历史证据，建立一种陈说，进一步，依然是一种立场观念的表达，且以貌似发现社会历史进步的必然性的“真理”而自居。[424]

其次，“现代性观念”，另遮蔽了现代性可能导引的社会问题的严重程度，在倡明现代性可观成就时，其轻视现代性可能产生的严重弊端。

作为例子，可注意法国的涂尔干（Emile Durkheim）、德国的韦伯提出的“现代性观念”。作为社会历史研究的学者，其均意识到，社会历史发展是双重性质的，即一方面，存在积极效应，另一方面，存在负面效应，但总体上，其却认为社会历史的发展是从消极走向积极的，在“走向”的过程中，积极效应可抵消负面效应。两位学者对负面效应的“潜力膨胀”，缺乏充分的估计和认识，而20世纪的社会历史变化，则清晰揭示了所谓的“现代性”，如何在自我前进的过程中滋生、瓦解直至抵消了现代性成果。具体说，两位学者均意识到，现代性的工业前进，可能带来负面效应，即现代性工业进步，在提供社会物质享受的基本框架时，会带来压抑人类精神自由的纪律规训及简单重复性的流水作业劳动，更甚者自然环境的破坏，但他们相信，此种负面效应，可被抵消，且不足为怪。换言之，他们终究未发觉，现代性的工业“生产力”，存在带给人类精神、基本生存环境的破坏性潜在威胁的巨大张力，或未发觉，现代性的工业“生产力”，完全可能最终摧毁人类的灵魂家园、生存空间。

与此类似，我们可发现，深受现代性观念影响的社会政治学者认为，权力专制是前现代社会或过去岁月才会出现的一种政治状态，其相信，伴随社会历史的向前发展，权力因为权利的张扬，可转入社会多数主体的控制把握中。但20世纪的政治状况，则明确展示，权力专制如何可更牢固、更残酷施展自己的能量，如在各类法西斯主义的兴

起、残害犹太人行动、极权主义、斯大林主义等表象中，其如何可彰显自己的极大潜在威力。

这类问题上，我们可认为，崇尚现代性观念的学者，实际上未清晰意识，现代性中本身便存在“负面增殖”的强化因素，而此强化因素，完全可促使原有的积极效应，消失殆尽。事实上，我们至少可指出，前面提到的负面效应，在含有现代性的一类社会程式的发展中，极可能已超过不含有现代性的社会程式。[425]

再次，正如有学者所指出的，现代性观念，裹挟了极强的征服现实社会的理性欲望，而这样一种理性欲望，事实上，在征服现实社会的同时，亦在“冲乱”现实社会。[426]

我们可看到，现代性观念存在一种自信，即通过对现实社会的理解、洞察，人类可积极主动或人为改造社会，甚至创造社会。此自信，源自“历史具有必然性”的乐观想象。认识历史以图推知历史及改造历史，是现代性观念锲而不舍的重要理念。现代性观念，常希望依赖具有自然科学武装的“社会科学”知识，将现实社会进行统计分类，将获得的认知资料进行系统清理，以获得指导现实社会的可靠方案。

但可发现，并且可理解，这样一种知识运用是存在“反思特性”（reflexivity）的。在此，所谓“反思特性”，是指知识和作为知识对象的社会活动及社会行为之间，存在相互作用的关系。作为例子，可注意犯罪现象统计分析的复杂后果，其为许多学者已发现。我们可看出，经由政府公布的官方统计数据，似乎已提供某种精确研究社会秩序的路向，但事实远非人们想象的，简洁单一。早期科学式的社会问题研究者相信，这些统计数据已标明硬性资料，其可以且必须依赖，而根据这些硬性资料，现代社会的相关秩序，便能得到比缺乏这类数据的方式更准确的分析及预测。但此类官方统计数据，并非仅具有检测社会秩序的意义与用途，其亦具有另外功能，即制度性反馈和“深

入”原来收集它们并由它们所检测的社会秩序领域。这意味着，当官方的犯罪现象统计分析出现时，核对数据本身，便成为国家权力和若干社会组织模式的一个建构因素，国家权力和社会组织，在核对数据、运用数据时，亦在形成巩固自身的力量。现代政府对犯罪现象的方针策略及进而实施的控制管理，与这些日复一日、年复一年的官方数据统计，不可分割，相互交织。进而言之，官方的犯罪数据统计，在运作时，亦在“冲撞 ”社会秩序，使社会秩序不断发生再生性质的变化，或使犯罪数量及性质再生新的 “迷津 ”。[427] 这便表明，现代性观念操纵下的某些社会科学理论，试图精确认识社会秩序，同时亦在使其不精确。就此看，现代性观念统率下的社会理论，是种部分性的“自我捉对式 ”的原地旋转理论。

在此，不仅是统计资料是否真实的问题，更重要的，则是最认真严肃的统计者，对统计指示运作亦有自己的理解，而再认真严肃的被统计者，即所谓外行人，亦有自己的千差万别、针对被问概念及问题的“解释 ”，进一步，在统计过程中出现的数据，每被使用一次，便可能被使用者再“创造性转换”一次。此亦为许多学者已发现的一个问题。这个意义上，现代社会的变迁，当然主要是民族国家，从基本方面看，不仅是被统计数据体现出来的，而且也是由于统计数据的“冲撞 ”，而被建构起来，两方面的“解释 ”，即统计者的和被统计者的，从未停止过。

从这里，可推出这样一个结论：我们无法依照启蒙理性所确立的现代性原则，以简单相信，人们越了解社会秩序的知识（其实总是仅得到部分经验材料支持的知识），便越能更好控制社会秩序的命运。实际上，我们又可这样看待问题：在认识社会秩序的各方面时，除认识过程本身的权力和价值的作用外，另存在一个未预期的后果问题，等待说明。人们建构的关于社会秩序的知识，即使十分丰富，亦无法囊括知识所描对象的各种情况及各种可能。概言之，问题的关键，不

在于是否存在一个静态的社会秩序，等待我们去认识，而在于我们的认识本身，便使认识中的社会秩序，不断发生变化。[428]就此说，现代性观念具有一种误导的性质。

经过现代性观念的“诊断式”分析，我们可得出与此相关、针对现代法治的几个“诊断”分析。

第一，现代法治，作为“现代性观念”的一部分，实际上，是一个从特定区域里的制度建设中分析得出的政治法律观念，其作为制度模型，因特定社会区域中的各类因素相互作用而产生，而这些因素，自然包括特定社会区域中的物质因素及精神因素。此法治，如人们常指出的，具有西方化的印记和特点，因为，从地缘政治学的角度看，所谓“现代法治”，便来自西方社会，而众多探讨“现代法治”的文本叙述，几乎均围绕“西方法治”而展开，此叙述本身，亦从重要方面说明“现代法治”的具体地缘性质。就此而论，伴随“现代性观念”时，“现代法治”意识及由此产生的现代法治的推广意念，忽视了法律秩序与地缘环境的相互关联。

深入看，在“现代性观念”的操纵下，现代法治的呈现，被许多人视为了历史发展的必然结果。其具体表现，是将西方地缘中产生的制度建设，以及背后隐藏的社会利益和意识形态结构的内容，推而广之，予以神圣化，使之成为社会历史进步的“直线性、前进性”的目标，进一步，使之成为所有社会的制度建设的一个“标准样板”。其所包含的问题，像左翼社会主义“现代性观念”所暴露的，将社会历史中一个方面的现象，当作整体现象，相信一个特定区域的政法制度变化发展的路线，只能且应该是所有社会区域的。换言之，在“现代性观念”的拥抱下，现代法治，已成为一个制度建设的“神话”，且是具有天然合法性的制度建设神话，进一步，遮挡了人们观察、捕捉另外可能存在的制度建设资源的视野。

第二，如前面已分析的，“现代法治 ”，其关键之处，或就主要方面而言，更在于法律职业阶层的权力控制。如此一种权力控制的出现，显然有其特定的历史背景，是在特定历史的权力关系和利益关系中产生的。故在现代性观念的推动下，现代法治的推广，实际上，在相当重要方面，成为某一阶层权力把持的推广，以及一种具有特定利益驱动的意识形态的推广，而某些情况下，此权力把持和意识形态，其与具体地缘的阶层利益亦存在联系。

现代法治的推广，和其对立面，即左翼的 “现代性”观念宣扬的制度建设相似，将社会中的某些权力框架模式，视为必然的“前进性”的，进一步，压抑了他者在不同历史条件下的权力配置需求。尤其当现代法治在制度建设中，逐步成为一种“神话”时，他者的权力配置需求，在此“神话”拒斥下，更被置于受挤压的境地。

我们应看到，社会历史条件是不同的，故以规则作为建构平台的权力配置的需求，亦为不同。在特定的历史条件下，法律职业阶层的全面控制，是有益的，而在另外的历史条件下，人民大众的“参与法律”，则是有益的。即使法律职业阶层可能代表了部分的外行大众，但这些外行大众，终究是部分的。故强调在另外的历史条件下人民大众的“参与法律 ”，等于强调另外的外行大众利益的同等意义的重要性。在现代性观念推动下，现代法治意识，实际上，恰忽视了某些另类的重要性。

此外，“现代法治”意识，尽管亦会觉察其本身可能带来的负面问题，如通过中产阶级的权力独掌，而出现对其他社会阶层需求的冷漠，但在“现代性观念”的支持下，“现代法治”意识，并未发觉此负面问题十分严重，至少其并不认为，此负面问题在已出现的社会历史中，是十分严重的。事实上，正如“现代性观念”本身一样，现代法治忽视了一种制度配置可能存在的巨大潜在的破坏性，而这种破坏性，

在特定历史环境中，十分可能出现。作为例子，可注意某些学者指出的，在经济资源配置两极分化的条件下，以专业化、职业化为表征的中产阶层司法群体，完全可能经由司法权力的独立运用，加强法律制度中的硬性程序，而这种程序，显然是对财富资源拥有者有利的，进一步，在司法权力独立运作的过程中，加深经济资源配置的两极分化。[429] 更具体看，即使在美国如此号称“颇为法治”的国家，亦有学者指出，一般民众对法治的运作极为不满，因为，以权力配置作为表现形式的法治，常成为经济权力和政治权力的交易场所。[430]

这个意义上，如果应警惕左翼的“现代性观念”中的制度意识，则同样应警惕“现代性观念 ”中的 “现代法治 ”意识。从相反方向看，现代性观念的支柱一旦被瓦解，我们便会且应发现，现代法治并不是一个历史发展的必然现象，其和社会其他因素，如政治的、经济的、文化的，均存在关联，因素发生了变化，我们便会看到不同的制度构建，且应期待，不论我们法学家的理想，究竟是怎样的。在此，问题显然不仅是法学家的“理想与现实的脱离 ”，而且另包括，在推行现代法治时，我们是否可能压抑了另外的立场、利益需求。[431]

第三，在“现代性观念”掩护下，“现代法治”意识和理性化的控制欲望，亦存在密切联系，而且，其和理性化的知识设计，是相互对应的。从近代开始，“法治知识 ”，明显带有“科学主义 ”的倾向或色彩。我们可看到，“现代法治”观念，从知识领域角度看，主要和政治学及法学存在重要关联，而近代以来的“政治科学”及“法律科学 ”，已逐渐成为政法知识的关键词。近代意义的“科学”一词及“理性”一词，常是一个意思的两个方面。在与法治有关的知识语境中，“理性”的意识，意味着促成 “法治科学 ”的建立，而“法治科学”的建立，如本章前文对具有“现代性观念”的其他社会科学的分析一样，存在一个如何运用知识，以积极干预社会研究对象的问题。

在“现代性观念”的指引下，“现代法治”知识，希望研究社会的法律制度，并希望从中分析法律制度运作的前提、效果，而这样一种希望，自然可能导致一个后果，即分析法律制度运作的同时，影响法律制度的运作。换言之，“现代法治”观念常试图发现现实社会中的“制度弊端”，在建立制度弊端这一对立面时，树立“反制度弊端”的合法性，但“发现制度弊端”，总会在先行的“制度弊端价值判断”下展开，或可说，“制度弊端认识”既是前见的，某些情况下，亦缺乏反思。从价值判断和经验考察的两个层面上，“制度弊端认识”，均可能是武断的。如前所述，“现代法治”观念，其和具体地缘的阶层利益存在联系，故其和另外地缘的类似阶层的利益，同样存在合谋关系，进一步，其展开自身的过程亦为摈弃、压抑其他阶层利益的过程，而摈弃压抑时，“制度弊端认识”，常指向“他者”，而不易指向自身。此外，其所使用的经验方法，亦为“局部”的，如其他任何经验方法一样，难免“片断”，即不能涵盖所有的观察对象、相关制度；同时，经验方法在体验对象时，亦在人为“影响”对象，其结果，在“重新构建”对象时，武断“概括”对象。故我们可这样认为，“现代法治”意识，如现代性观念一样，在试图凭借知识精确把握社会法律制度时，无法精确实现自己的目的，甚至可能误导人们对社会秩序多种状态的认识。

五、结论

对“现代性观念”的批评及对“现代法治”的揭发，并不意味着，需放弃价值上的法律建设追求。在影响制度建设的因素中，“积极建设”的观念，当然是重要的，但我们又必须看到其他的物质因素，这些物质因素和特定语境中的人们利益需求，存在密切联系。对现代性观念的批评和对现代法治的揭发，其意义，在于反省我们已有的对社会历史中现代法治的认识和宣扬，重新思考现代法治的语境意义及背后利益价值的代码，即谁的利益。

在此，我不认为，“现代法治”令人沮丧，相反，却相信其在当代中国的“这个”特定时刻可能依然有益。因为，一方面，当下的中国，是从带有浓重专制意识的历史渊源转变而来的，或从革命而来，而这种革命，并不意味着已彻底解决专制意识的问题；另一方面，当下的中国，依然面临如何约束权力的问题。故本章认为，我们应清晰分析，现代法治在中国社会中的推广，究竟具有怎样的多方位意义，其带来的具体后果，可能是什么，是否的确对中国整体，甚至中国内部的具体地方，具有不可置疑的有益价值。并且，如果的确具有不可置疑的有益价值，则我们应如何进一步推进、改进，使之和社会主义法治相互发明，或找到更好的制度建设资源，以作补充。无论怎样，社会地缘的不同，要求我们看到社会资源的不同，及制度建设的多样可能性。

另我不认为，物质因素对制度建设的制约是必然的，“必然 ”的认识，本身即为“现代性观念”的残余。就此而言，我相信作为“意识形态策略 ”，主观因素对社会制度建构的影响，依然重要。从此看，推进“现代法治”意识，不是一件特别困难的事情，其仅为“战略战术”的问题。正是从此这个意义出发，我另认为，在反思现代性观念和现代法治的同时，反思得出的有益结论，同样可通过意识形态策略的运作，“进入”社会，或“进入”实践。反思现代性观念及与其相伴的现代法治观念，正是意在指出看到事物相反方面的重要意义。

第六章 简约的法律——一种法学观点的实践表达

自19世纪以来，今天的第三世界国家和前共产主义国家一直在照抄西方的法律，为它们的人民提供创造财富的结构框架。它们今天还在照抄这样的法律，但显然并没有奏效。大多数人仍然无法运用法律把储蓄转化为资本。[432]

一、问题和思路

前面第五章，分析“现代性观念”和“现代法治”的问题，其中，再次暗示且批评“直线前进”的概念。主要从“地理”观念的角度，当然，有时亦包括“时间”观念的角度，第五章，剖解此概念的相关困境。第五章的主要观点，是想说明，与“现代性观念”伴随的“现代法治”带有地理意义的“西方印记”，而如果需反思“现代性”及“现代性观念”在世界其他地域的状况与后果，亦需反思“现代法治”可能带有的同样状况与后果。此外，前面一章，另从“现代法治”本身所存在的“政治”问题，分析“法律治理”的正当性及其中隐藏的深层“阶级压抑”的结构机制。

法律语境中，“直线前进”的概念，在一个侧面鼓动、催发一个重要的当代现象，即法律的复杂化，或说法律的“持续发展”，其亦为“现代法治”的一个要求。故对法律的复杂化或持续发展，亦需反思。这意味着，当人们无形中认可“直线前进”的观念，相信“现代性”不可阻挡时，特别是当人们认为现代法治不可避免为“现代性”组成部分时，法律的不断制定、细化，法律制度在“复杂方面”的不断膨

胀，则为今天人们看到的自然后果，而如此另外一类“法律现代性”，亦需反省。如果深入说，则反省的目的，在于从其他层面提醒人们注意：需看到法律“复杂”的对立面的意义，而法律“复杂”的对立面，可能即为法律的“简约”。

另需要指出，法律的复杂化或法律的“持续发展”，还有其他方面的激励因素。本章分析的、人们许久以来一直期待的“完美无缺的公正”的意识形态，或许是其中之一；而本章分析的、人们许久以来一直具有的“类推想象”，即认为某一社会结构中的法律机制，可自然移向另一社会结构，或许又是其中之一。如此，对和“现代性观念”“现代法治”纠缠在一起的“法律的复杂化”，或“法律的持续发展”，将其和“追求至善至美的公正”的意识形态、“类推想象”的默许，联系起来，予以辨析，深入追究，可使我们更有深度理解法律现代性的问题。

故本章，结合一个具体的法学文本，即《简约法律的力量》，[433]分析“现代性观念”“现代法治”意识，及与其相联的诸如“完美公正”的意识形态、“类推想象”的心理机制，包括它们相互作用带来的“法律不断复杂、发展”的问题。此法学文本，便具有反思理念，即法律应简约。具体说，其具有“反抗现代性”及“反思人们一般思维误区”的谱系，主张法律存续的关键在于“简约”概念。在我看，“简约”的法律形象，是非常有益的设想，亦为非常有益的方案，尽管具体细节上，还需更多剖解、论证。另需要说明，且本章会进一步暗示，此设想、方案，本身亦为法学立场的一个政治表达，其所迎接的对立面，恰是法学立场的另外一个政治表达。故本章分析法律“复杂”与“简约”的关系时，也在潜层揭示法学知识的实践性质。

作为辅助议题，本章将结合此法学文本，拓展另外一个分析领域——相对法律而言的经济成本的正当性。在我看，当然，亦如该法学

文本的作者所表达的，正当性问题，不仅需“从政治角度加以分析”，而且需“从经济角度加以深化”，换言之，法律语境中，正当性问题不仅置身于政治，而且置身于经济。故经济的问题并不单纯是经济的，亦为“伦理”的，即涉及“如何公正”及“为何如此才公正”的问题，有些成本的承担、支出，不能逃避“公正”的追问。这意味着，本章将在另一新的分析领域，推进“法律现代性”及本书主题，它们关于“法学立场”的思考。

二、一个需关注的法律现象

今天法律世界中，一个现象人们熟视无睹，即不断增加法律规定、细化法律内容。以中国程序法制建设为例，20世纪90年代以来，中国对相关的民事诉讼法和刑事诉讼法，倾注极大的精力、努力，在刷新、修订这些诉讼法时，另不断推出最高法院的微观解释及微观规定，而所有这些，直至今天，均未停止，亦不可能停止。如果一定要作出某种预言，则可认为，未来相当一段时期，甚至更长时间，我们还会且必将看到类似这种程序法制作的中国式法律生产。当然，我们可指出，此为转型时期中国法制建设只能面对的现实，越是转型时期，越是可发觉其为自然而然，因为，转型时期出现的问题、矛盾，肯定令人目不暇接。

但不仅中国的法制建设如此，号称法制颇为发达且并未处于转型时期的美国，亦如此。美国并非一定面临程序制度“细节公式”缺席的困境，但在其他领域，如环境保护、社会救济、社区安全及数不胜数的另外领域，亦面临同样困扰，而其在这些领域中的法制建设亦“乐此不疲”。

如此看，我们完全可从更广域、普适的角度对待这里的问题，换言之，不仅转型期的中国法制，定型期的美国法制，甚至当今其他任

何时期、任何时代的各国法制，均存在不断更新换代、填加“补丁”，以完善法律规定及法律内容的行动谱系，因为，不论何时，当今任何社会总面临新的挑战、问题。

如何理解法律的这种广泛的“可持续发展”？

三、至善至美的公正与法律复杂

在《简约法律的力量》中，美国法律学者爱波斯坦（Richard A. Epstein）指出：

具体案件中，希望实现公正，便是促使法律制度积极运作、不断发展的最强劲动力之一。具体案件，是法官和管制者必须面对的，在具体案件的语境中，人们制定且适用大量法律，而法官或管制者，其法定作用和义不容辞的责任，即适用一般法律于纠纷事实，作出正确裁判，以处理具体案件。但公正的流产，则是裁判结果中的一个错误，此错误，从底部侵蚀法律的道德权威，削弱法律在调整人类行为方面的功效。故可理解，为避免这些不公正，为何数量惊人的资源被用于法律程序的发展。这些程序，规定相关证据的提交方式，及相关证据的认定方法。[434]

这是理解法律制度不断发展的一个角度。

此外，特别值得注意的，有如爱波斯坦指出，则是人们时常另有一个信念，即认为，“在小型、自愿结合性质的社群中可发挥作用的复杂管理形式，在更大型、非个体化的社会背景中，可获得同样效果”。[435]此为理解法律不断发展的另一角度。换言之，此种“相信可获得同样效果”，是促进法律不断发展的一个心理机制。“大多数个人，大多数情况下，其生活背景是家庭、小型群体。一些极为细节化的非正式规范，在调整家庭、小型群体的活动”。[436]如此生活背景，不仅积

养人们一般生活规则习性，而且激发，人们对自己熟悉的非正式规范，在另外语境下位移依然可成功的信心确认。

若用类似审美心理学的通俗表述，则可说，在此，人们易发生“移情”。小型社群中，尽管存在各种矛盾，其他各种不方便，但概括看，其乐融融，而至关重要的，小型社群中，人们可发现“复杂”的各种微观角色分工、权力配置。此“复杂”，在小型社群中，几乎不会遇到任何障碍，相反，常发挥令人羡慕的显著功能。当显著功能日积月累且为人熟知时，人们则易相信，“这种功能”可放之四海而皆准。

提出上述两种角度，以解释法律的“可持续发展”，其本身并不特别令人振奋，但如果深入分析，则的确可从中获得另外的认识和理解。

首先，考察第一个角度。

可注意一个现象，即一般人的心目中，大致公正或相对公正，其和真正的公正总存在距离，甚至相互背离。试想，切分一块现代正义理论反复举例以期说明问题的“蛋糕”时，一个人是青年，18岁，一个人是少年，8岁，如果因为18岁的青年自然肌体需求较大，故分配较多份额蛋糕，反之，因为8岁的少年这种需求较小，故适量减少，则对个别人偶尔来说，基本属于可能的一种大致公正或相对公正，进而可接受，且将其视为真正的公正亦不过分。但假定对公正问题，人们相当认真，并总是展开具体公正权衡的实践行动，则通常说，人们注定不如此看问题。

如果18岁的青年是女性，娇小玲珑，8岁的少年是男性，“体格强壮”，仍以肌体需求大小作为标准，为何如此分配蛋糕？如果18岁的青年已饱食，或面对蛋糕时根本厌烦，8岁的少年未饱食，或对蛋糕情有独钟，仍以肌体需求大小作为标准，为何亦需如此分配蛋糕？如果

18岁的青年情操高尚，坚决要求分给8岁的少年同等，甚至更多的蛋糕，还以肌体需求大小作为标准，为何仍坚持如此分配蛋糕？进一步，如果18岁的青年将原分配给8岁少年的另外食品抢走，反而再继续要求较多份额的蛋糕，又以肌体需求大小作为标准，为何又要坚持如此分配蛋糕……

一般看，人们可设想各种情景，质疑这种分配，因为分配条件可不断变化，基于不同条件，必然要不断提出“为何应如此分配蛋糕”的问题。故对一般人，大致公正或相对公正，极可能不是真正的公正，其隐藏甚至遮蔽“特定条件”的所谓公正；更重要的，“条件”的设想和设定，总会依人不同、据利益差异、凭立场多样，而出现。

但此思路，恰非提出关于“公正”的彻底怀疑主义，而是相反，暗示“怀疑论者”总在期待真正的公正。作为“怀疑论者 ”，一般人，通常未因此放弃对真正公正的想象。对他们而言，他们提出，“大致公正或相对公正，和真正的公正总存在距离，甚至相互背离 ”，恰表明他们怀念真正的公正。更准确说，提出怀疑时，一般人正期待，实现具体化的“针对具体条件”的真正公正，即使这是十分艰难的。否则便无法解释，为何一般人还要费时、费力，以质疑“大致公正或相对公正 ”，而非直接展开“现实蛋糕”的阵地战、争夺战，回归社会达尔文主义。

由此看，对具体化、具体条件下的真正公正的想象、怀念和期待，而非为了一般意义上的公正，更非为了笼统的“解决一般问题 ”，才是不断增加法律规定、细化法律内容的并且总是在场的根本动力之一。显然，在一般人理解中，只有不断增加法律规定、细化法律内容，不断推出法律条件的限定，才可能实现较真实、较具体、“看得见的”公正。再看本章上面提到的中国程序法建设，我们可发现，其中无一不是努力试图在具体条件下实现具体化的真正公正。故此意义上，所谓的一般公正，不过是具体化、具体条件下的真正公正的另外一种

代码。而我们亦可理解，为何《简约法律的力量》进一步指出，真正的“至善至美的公正，并不满足于法律制度运作中的逐渐完善，其迫切希望，在每个具体案件中，彻底消除错误”。[437]

其次，我们可考察第二个角度，即人们易相信，小型社群中的“规则复杂”的显著功能，可放之四海而皆准。

就第二个角度看，人们首先忽视的问题，即这种“复杂”及其显著功能，它们内在缘由是怎样的。其一，小型社群中，人们几乎没有面对一种激励，即相互警惕，或打起十二分的精神，以监控对方。因为小型，人们之间的空间距离包括时间距离，均为微乎其微，人们更多情况下，是在相互熟悉、不断熟悉甚至反复熟悉，其一般而言，已相互了如指掌。而更关键的，此种近似零距离的关系，足以使人发现，保持这种关系远比破坏这种关系更重要，只要相互依赖是不能抛弃的。夫妻、亲戚、情人、师徒、室友、职员、工友之类的人际关系，正是社会学、人类学常说的“熟人”关系。此熟人关系，虽然不是必定没有矛盾，没有相互小心，但一般看，则是彼此互助。《简约法律的力量》提到：

小型群体中的每个成员，在作出决定时，必须全身心关注其他成员的利益。这意味着，一个家庭或一个小型群体中，你并非在和一个互不相识的人，远距离谈论生意，而是在和预先选定的一个彼此相识的人，近距离交互影响，而对这些自己熟悉的人，正如资深律师常说的，你受到了自然而然的爱恋、情谊的约束。[438]

其二，因为彼此相互了如指掌，故“在制定一个行动方案时，通常看，成员无必要冥思苦想，琢磨群体中的其他成员想得到什么、担心什么。他们在以往类似境遇中，已了解其他成员 ”。[439] 换言之，小型群体中，人们几乎无必要详细考虑自己的行动策略，以应对小型群体内部他者的可能疑惑。一般情况下，夫妻不必担心各自的厨艺是否

会使他方感到不适，亲戚不必忧虑各自的说话声调是否会使他方感到厌烦，而工友不必担忧，各自的日常玩笑是否会使他方感到烦恼……

其三，不患寡、患不均的效应，在小型群体中，并非那么特别的明显易见。因为彼此的依赖关系总是长久的，故“如果在具体交易中，一成员比另一成员做得更出色，则对任何成员而言，没有必要担心是否立即解决出色成员的报酬问题”。[440]“今天获得成功的人，或许明天成为失败者；反之亦然。其结果，对任何人而言，几乎没有理由瞻前顾后，斤斤计较，患得患失。不断投入日常工作生活实践中，本身已足够令人满意”。[441]

正因为上面提到的三点语境因素，故小型群体中呈现的规则，没有特定的权威，没有必要通过某种绝对不可置疑的权威，予以颁布；这些已呈现的规则，有如萨维尼想象的，是默默地自觉发挥作用，静悄悄“浮出水面”。其所需要的，不是任何外在的明确标准，为其树立尺度，而是不断的试错机会和机制，为其提供滋养。其所需要的修正方式，亦非正式的，仿佛仅是习惯在启动修正程序。概括看，“一个默默的激励机制，发挥作用，以确保这些规则在制度上行之有效”。[442]故在小型社群中，自然而然看到的，即为“复杂”这一特性。

一般而言，人们易忘记这种“复杂”的“出身”，进一步，一个期待大型复杂社会中复杂法律制度的移情想象，由此不断发生。

四、追求公正的成本支出

学术话语的重要功能之一，正是“于旧之处”不断拓宽思考的边界，进一步，不断发掘问题的边界。如果仅提出“追求公正”和“移情想象”两个方面，以解释法律的“可持续发展”，学术意识的结果，则不

过尔尔。但正因为可对这两个方面不仅提出且展开深入的认识，实际上亦如此，故《简约法律的力量》，能够提示新的思考及新的问题。

首先可深入的，即提示一个思考或问题：不断追求具体化、具体条件下的真正公正，将会引发怎样的后果?

一个思路或逻辑走向，当然是导致上面提到的怀疑主义，即将公正问题彻底消解，或将公正以“谁之公正、谁之正义”的方式立场化、政治化。我们的确可发现，有人正是相信，不断追求具体真正公正的结果，即为瓦解公正。这种思路或逻辑走向，是允许的，亦颇有警示作用，但如果从另外角度切入，或许会有进一步启发。《简约法律的力量》提出的角度是：追求真正的至善至美公正时，其过程所发生的成本，会是怎样？显然，就社会问题的解决而言，不存在仅有收益而无费用或天上掉馅饼的美事；很多情况下，问题之简单，正在于“无钱无法成就”这一素朴的常识。如果成本不堪重负，且还有其他的“失望”，则人们便要追问这里是否存在另外的负面后果。

我们可注意一个在中国出现的侵权纠纷，其为中国法学界、法律界所熟知。

一名路人经过一幢数层居民楼，楼上掉下一个烟灰缸，此烟灰缸，砸在这名路人的身上，造成伤害。这名路人因此付出医疗费，且出现其他损失。在法院提起诉讼时，这名路人将楼上许多住户列为被告，要求他们承担连带责任，而所以连带，理由在于，自己并不知道且也无法举证究竟哪位住户曾将烟灰缸“扔出”。[443] 此纠纷，应如何解决?

我们可想到若干棘手的法律问题：

第一，如果根据民事诉讼法第64条第1款的规定，“当事人对自己提出的主张，有责任提供证据 ”，则一名路人怎可能举证？如此要求原告举证，等于是预先设定原告已败诉。这似乎已不公正；第二，如果在原告无法举证的情况下，要求诸位被告自己举证，如自己未仍下烟灰缸，则这是否亦有不合情理的成分？不能否认，在这些被告中，必定存在“无辜者 ”，而让“无辜者”举证，怎么必定是合理的?

第三，如果在被告无法举证的情况下，让被告承担连带责任，则等于要求某些“无辜者”承担责任，如此一种责任要求，是否亦不合理?

第四，要求被告中“无辜者”承担责任，则其中隐含一个逻辑，即原告亦应承担一定的责任，理由之一，在于其经过楼下，而不经过楼下，便不会出现被砸伤的情况，理由之二，在于“无辜者”亦可承担责任；但依此逻辑处理，是可接受的?

第五，不论怎样处理，均可能使“始作俑者”所负的责任分担，远低于其应负的责任分担；一个制度，为何可造成这种结果?

第六，如果确定被告负有责任连带，则选定连带被告究竟依据何标准？二楼以上的所有楼层住户，还是三楼以上的所有住户，还是依据砸伤的程度判断楼层，还是依据扔出物品的可能角度、方向，判断楼层及某层住户的多少？[444]

人们当然可提出上述各种疑问，但这些疑问，均隐含一个预期目标，即应准确、具体以实现至善至美的公正。如果依此目标继续思考，我们还会想到有趣的第七个问题：若第六个问题所涉及的连带责任是必须的，则是否应根据各个被告住处和原告受伤地点的距离、角度等参考函数，以确定被告的具体责任比例？这样是否更加公正?

在此，进一步后果是，所有这些疑问，尤其是第七个疑问，均可能引导人们仔细考虑案件的各种调查结果，不断求助于所提交的证据、专家意见、距离测量、相互质证等，[445]而且，还有以后的细节立法努力。我们完全可想象，此为一个颇为复杂的法律操作，而其中，亦包含颇为不易想象的成本支出。当然，如果最终结果可查清责任，且以后能解决类似的复杂问题，沉重的成本代价，或许可接受，但就类似这里提到的案例纠纷而言，由于无法获得完全的信息，此为一个非常根本的障碍，成本的支出进而便像投入了无底之渊。在这里，成本的支出，似乎没有回报。而所有这些复杂的法律规则的设想、法律操作，其“所带来的成本非常之大，而其所带来的功效则非常可怜”。[446]

由此推进，我们亦不可避免面对一个深层困惑：这样成本支出的正当性为何，我们如何证明此为合理？一方面，是信息不完全所造成的根本障碍，另一方面，是无法舍弃的真正公正的追求，还有一个方面，是这种追求所带来的成本增量耗费，故我们所面对的，是三重悖论困境，其中既有经济的正当性问题，亦有道德的正当性问题，还有政治的正当性问题。正当性问题，不能大而化小，小而化了。此问题，已深深嵌入社会集体意识之中，为人们所关注，为人们所追究，故所有这些当然均需我们追问。

现在再讨论另外一点：将小型社群中的复杂规则移入大型社群，其所引发的问题是怎样的?

其一，大型社群中，人们之间难免相互警惕、小心谨慎，人们总会出现监控他人的兴趣和“乐趣”，因为，人们总易预设彼此利益的差异、矛盾。“在一个松散、互不相识的人的相互协作中，作为日常生活一部分的利益冲突，则可能颇为重要。互不相识的人之间的相互协作，不以友爱作为基础，而以‘注意’作为起点”。[447]

其二，大型社群中，人们总是彼此不熟悉，其行动总会瞻前顾后。在采取一个行动之前，人们总要考虑他者的感受、想法、反应，甚至他者可能采取的相反行动。如果自己从事饮食行业，显然便要仔细思量顾客的可能嗜好，其是否满意、捧场、拆台、投诉，或极端者“揭筷而起”。

其三，因为彼此的关系并非长久，故不患寡、患不均的效应，极为明显。此效应“相对而言是相当严峻的 ”。[448] 不仅如此，大型社群中，人们还有可能既“患不均”又 “患寡 ”，在要求所谓平等时，尽力要求“多一份 ”，毕竟，彼此关系是颇为暂时的，从而机会十分有限。如果我是一个异地的购买者，则为何我不去要求同等的价格支付，甚至要求少付一些钱?

在此可发现，将小型社群中的复杂规则引入大型社群，其所带来的成本，同样令人生畏。背景因素的变化会引起系列的条件魔幻。当制定复杂的法律规则，且将其推入大型社群时，我们通常难以知道，广泛的社会人群将会采取怎样的行动策略，为实现所谓的“法律实效 ”，我们将会拨付多大的财政支出。同样重要的，则是正如在“追求真正的公正”中看到的，我们另会遇到信息不完全的障碍，由此导致，我们依然无法证明一项财政支出是正当、合理的。在这里，我们再次面临类似的三重悖论困境。

五、成本支出的正当性

在我看，现代法律的不断发展，似乎根本没有回应这里的正当性问题。

而支持法律不断发展的人，似乎认为，这种正当性的追问极可能是不成立的。为何不能增加法律生产、流通、运作的财政拨款？为何

不能推动甚至加速法律职业的扩张？或更冠冕堂皇的，为何不能锲而不舍，将小型社群中的“规则理想”变为大型社群中的“规则理想 ”，尤其锲而不舍地追求具体化的真正公正，即使这些，看上去是个“乌托邦”，即使我们总遭遇信息不完全的障碍？这些反问，可直接提出。

但提出这些反问，进而付诸行动，继续锲而不舍，以努力追求法律发展时，我们可能是在不知不觉地从事另外一种工作：培育一个庞大的政府机构，及培育一个— —如果措辞较严重— —“暗中敛财”的法律职业。此外，更重要的，因为并不知道将要付出多少成本，故培育费用则会持续有增无减，我们需为此准备不断增额的惊人账单。显而易见，法律制定的复杂及自然伴随而来的法律实行的复杂，其必然需增加立法、司法、执法，包括诸如律师的“辩法 ”的大量投入。如果法律制定及法律实行的复杂，是不断的，则大量投入，亦会不断。如此，社会财富的转移在这里是静悄悄的，但亦为有去无回，同时还是滚滚不断的。故对前面提到的正当性的追问，即转变为这样一种追问：当几乎无法实现具体化的真正公正，以及不能实现小型社群和大型社群之间的复杂规则位移时，为何社会中的一部分人要向另外一些人，不断“朝拜进贡 ”？站在一个纳税人的立场，我们如何能接受这里的正当性?

在此，丝毫没有反对法律存在的意思。法律应存在，且如在过去和现在予以考察，我们的确可看到，法律也在发挥应有作用。法律从其产生那天起，即给人们带来了方便、秩序、尊严，当然亦包括，有时人们非常满意的公正或正义。但正如经济生产者，在提供了他者所需产品时应获得回报，而没有提供他者所需产品时不应获得回报一样，法律的生产者，亦必须面对是否应获得回报的问题。如果厂家提供了根本无法使用的产品，则我们为何要付款？与此类似，当法律的一种功能不能解决纳税人的社会生活实践问题时，纳税人为何需保持

甚至保养这种功能，且还要不断养活驾驭这种功能的职业人员，甚至付出神圣的法律信仰?

故必须对复杂法律，特别是法律的“可持续发展 ”，进行反思。在我看，此为《简约法律的力量》一书所提供的最有意义的学术价值及实践价值。我们应注意该书提到的这个内容：“如果立法行业可成为所有行业中最繁荣的行业，则我们应尝试去做的，便无任何成功的可能性。”[449] 我们还需注意该书《序言》的这段内容：

随着时间推移，全方位处理社会问题的雄心，使我们迷恋一个十分复杂的法律规则体系，而此体系，只有法律工作者才能理解和驾驭，且费用不菲……随着时间推移，我们发现，私人化的社会角色和公共化的社会角色，为解决具体的困难问题，无一例外，必须求助于法律工作者的帮助，求助于对法律拿捏自如的政府管制人员的帮助。其实，正因为如此，新的困难问题又因为其他原因而被牵引出来。显然，对于我们，复杂的法律带来了一些便利，但确定其中某种具体便利究竟为何、到底如何，却十分困难。相反，确定这种便利怎样被“冲抵”，则是轻而易举。[450]

六、何为简约

毋庸置疑，对法律的可持续发展提出如此反思，已表明这本著作的“批判”立场。但正如许多针对法律提出批评的著述一样，《简约法律的力量》，恰以“批判”作为基本起点，借以宣扬一个建设理论。在此意义上，对“复杂法律”提高警惕，并不意味着抛弃法律，而是意在建立一个对立参照，以阐发“简约法律”的思想。我们可认为，根据日常语言的某些习惯，将“复杂法律”和简约法律对应起来，是大致应得到允许的。故揭示“复杂法律”的困境，等于是在说明“法律为何简约”。

何为法律的简约?

可注意书中所举例子。假定法律规定，“原告总胜诉”，或“被告总胜诉”，则两个规则均为非常简单的规则，甚至在语言陈述上，均至为精炼，它们可在任何场合加以适用。[451]但如此“简单”的规则，其所带来的结果并不简约，更准确说，则是更“成本化”。

因为，就第一个规则看，显然，其激励作用势必导致法律诉讼爆炸，任何人均会希望从中捞取收益。故成本，除了化为收益流向颇为得意的法律职业，尤其是其中代理律师阶层，则是指向围绕诉讼而产生的各种政府成本及私人成本，毕竟，政府需考虑如何才能应对排山倒海的诉讼浪潮，私人需考虑如何才能避免成为被告，而如此结果带来的成本，不仅会使政府感到不堪重负，并且“会使决心将官司进行到底的缠讼者，希望通过诉讼伸张正义的缠讼者，均能感到不堪重负”。[452]

就第二个规则，即“被告总胜诉”看，其激励作用则是挑起愤恨，进一步，导致每个人最终希望使用武力解决纠纷。不难理解，成为被告，不但无须承担任何可能存在的责任、义务，而且亦能赢得法庭宣判胜利的话语荣耀，如此，最初可能便已受伤害的原告，即会发觉起诉是毫无意义的。若诉讼不能解决问题，则最佳办法，或许正是鼓足勇气，面对直至参加霍布斯式的“人对人像狼一样 ”的混乱战争。此便最大限度增加了各种社会成本及私人成本。

故简约非简单，[453]同时，简约必定和成本、激励等问题存在关联，是在成本与激励的相互作用中表达自己意义的，而所有这些，亦涉及未来时态。[454]

再看一例。此例子亦为书中描述。[455]

A拥有一块木材，由于疏忽，将自己木材留在 B的房间里，或一名第三人将木块误交给 B，而 B在雕刻雕像时，善意地认为木块属于自己，且将其制作成一个雕像。现在， A/B双方发生纠纷，均主张雕像应归属自己。问题：谁应拥有这个雕像？理由是什么？此为 A/B双方无意中参与其中的一项“共同投资 ”，双方均存在误解，亦为善意，且在一件单一物品上的共同投入均不可收回。

设想第一种解决方法，即将雕像返还给对木块拥有产权— —及添附权— —的 A，但此方法，等于迫使 B将自己劳动转移给 A，这似乎违反了将每个人自己的劳动控制权赋予自己的自治原则；第二种解决办法，可设想为允许 B保留这个雕像，以保护 B的劳动权利，但如果这样保护 B的劳动权利，则现在 A，失去其木材，同时亦没有得到任何回报；第三种解决办法，可设想为，允许一方取得另一方的财产或劳动，但给予补偿。

如何理解第三种解决办法？双方各自所拥有的财物— —包括劳动— —的混合，用经济学的术语描述，在 A和 B之间建立了一个“双边各自垄断”的局面，双方均无法回到原初状态，即原初 A拥有自己的（未被改变的）木块， B拥有自己的（现在付出的）劳动。或许，法律可将 A/B双方当事人，视为一个依照各自明确投入比例的共同投资的合伙人，但此解决方案，迫使两个陌生人进入共有者的受托义务中，违反了他们的意志，而没有使其进入另一种义务，即无须同意便可设定的义务。故第三种解决办法，出于权利转让的缘故而实施的适当补偿，可成为较优的方案，其尊重任何一方的善意投入，同时，允许他们各自作出自己的选择，即要么作出补偿，要么获得补偿，或要么接受物品劳动，要么放弃。

若如此，究竟谁可得到这件物品？谁必须接受适当赔偿？在此，严格说，没有固定答案，但一个原则可考虑，如参照市场价值和主体

评估的价值之间的差异。A的木块，是一个可替换的物品，如果没有碰巧的“混合”问题出现，A几乎不可能在这块木材上，拥有任何特别的附属收益。此或许已解释，A为何购买这块木材，而非另一块类似级别和类似质量的木材。这个雕像，为独一无二的艺术作品，其价值相当不确定，将雕像给予 B，同时要求 B将另一块替代木材交给 A，显然要比将雕像给予 A，且由 B对这个雕像作价，作出非常不易确定的估价，更为可取。在此，一个事情几乎不太可能发生，即如果 B用其自己的材料制作雕像，则 A便会成为一名购买雕像的个人。法律中常出现的一个解决办法，即倾向于将这件物品，授予对其估价最高的一方。从基本层面上看，为降低“政府的成本 ”，即查明这块木材价值所付出的成本，法律已设定一个强制性的“购买”，留给 A一个可替代其木块的新木块，同时使 B“富裕起来 ”，仿佛 B利用自己的木块，雕刻了这一雕像。此解决办法，是简约的，同时，最重要的，如此一种解决方案，亦给予双方以未来的宽松选择想象，即 A将不太在意出现类似纠纷，B亦将不太在意，因为，不论怎样，其结果均为较佳，成本问题已最小化，行为激励亦为正面。故此解决办法，为我们提供了一个“成本”与“激励”之间相互协调的良好范例。

现在，我们尝试分析前面提到的中国例子，即路人被砸伤的案例。

首先，如果判决被砸伤者即原告胜诉，则会出现数名被告成为“无辜者”的局面；反之，如果判决被告胜诉，原告亦成为“无辜者 ”，且可能出现要比 “数名无辜者”更要无辜的情形，因为，原告自己一人承担了全部损失。当然，另有第三种方法，即判决原告和所有被告共同承担损失，按人数比例分配责任。三种方法，均有一个共同特点，即某种程度上使“损失始作俑者”成为制度的受益者。但因为查明“真凶”是不可能的，故此作为一个附带结果，无法避免；且本案的奇妙复

杂，即在于不知谁为“始作俑者”。这个意义上，这个共同特点，可忽略不计。

初看，第三种方法似乎较佳，因为，大家均承担了相对而言较少的损失，即除一个“真凶”外，其他所有被告，加之原告，由于“均摊”而使每个“无辜者”，均减少了自己的支出。但这里存在一个糟糕的激励：原告因为希望减少自己的支出，且为了发泄自己的无辜不满，以后遇到类似情况，将会尽力将尽可能多的被告，拉入诉讼，故此等于增加了政府成本，即法院调查被告是否有关的成本，同时，增添了社会成本，即原告和潜在更多被告的对立的成本。此外，原告亦有自己的成本支出，即查明且举证哪些被告是有关的。就日后的激励看，原告为避免再成为“无辜者”，即使承担较少损失，亦将不愿再次行走这条道路，而其他路人，也会避免行走，故此道路将变成一种公共浪费。当然，对被告而言，并非全无正面激励。被告将仔细思考自己未来的措施，尽量使自己成为与侵权事件的发生“没有关联”。在成本和激励之间，我们可看到一种尚能接受但并非较理想的平衡。

再看第一种方法，即判决原告胜诉。如果判决原告胜诉，则一个成本，即为政府成本（法院调查被告是否有关的成本），同时，原告亦有自己的成本，即查明且举证哪些被告是有关的。但这种解决方式的激励结果，总体上，可接受，因为这种判决使各个被告在未来必须要谨慎小心，尽量不去投掷物品。此外，尽管一个被告的侵权行为，可能导致其与其他被告共同承担侵权责任，因而自己只需承担较少的败诉责任，但自己依然需付出代价，故所有被告，便均面对避免“侵权”发生的激励。同时，为避免自己成为一个承担责任的“无辜者”，楼上住户，总会想方设法改善条件，如改善阳台设施，以使他人认为自己不可能扔下物品，或监督其他住户，以在出现类似纠纷时，证明自己“无关”……就原告一方而言，日后在经过楼下时，依然无须过于

担心。就这条道路本身而言，亦不存在公共浪费的问题。在成本和激励之间，我们看到较优的平衡。

再看第二种方法，即被告胜诉。如果被告胜诉，政府成本，即法院查明被告是否有关的成本及原告的起诉成本，即查明且举证哪些被告是有关的成本，均无法避免。但这种判决的激励效果，总体上，是负面的。首先，原告及日后类似“原告”的人，将不敢行走楼下的道路，进一步，道路会被废弃。其次，楼上住户不会在意自己的行为及其他住户的行为，进一步，该楼区会成为危险地带，侵权事故完全可能不断发生，导致各种成本不断出现。在成本和激励之间，我们几乎看到糟糕的失衡。

依照《简约法律的力量》的思路，成本和激励之间的良好平衡，是法律“简约 ”的关键，[456]若实现了成本和激励之间的有益平衡，便实现了法律的“简约 ”。因此，第一，“简约”不是“简单”的重复，更重要的，其是一种经济学的概念；第二，这种经济学的思路，并非简单的会计成本、机会成本思考的翻版，其另融入了政治经济学的思考，即成本正当性的证明；第三，正因为成本与激励之间的关系是关键性的，故即使表面上看“复杂”的规则，只要具有成本激励之间的正当性关系，其依然是“简约”的。[457]

七、余论

我不认为，这种经济学的甚至政治经济学的思路，必定天衣无缝。

仍以前述两个例子，作为说明。

在前面“雕像”例子中，如果 A的身家能以天文数字计，判决B不仅获得雕像，而且不用补偿，又将怎样？在我看，此依然是种通过法律

的适当财富配置，会有良好的激励作用，且可能是更良好的激励。因为，如果木块对 A而言，不过九牛一毛，对 B而言，属于雪中送炭，则使 A不获得另外一块木头的补偿，便有如通过税收重新分配财富，即对富人征收更多的税款从而二次分配，实现了一个社会均衡，并且，通常看，A不会过于在意。

在后面“砸伤”例子中，如果原告亦为腰缠万贯，被告则是斗室家贫，或反之，原告一贫如洗，而被告几乎均为达官贵人，则判决经济拮据一方胜诉，同样会有良好的激励和良好的社会财富再次均衡。

概言之，这种均衡，对社会可能是必要的，但未必是成本与激励之间的有效搭配。其同样是政治经济学的，但却是另一种政治经济学的目的期待（当然，此有赖于我们如何理解社会财富分配）。更重要的，根据经济学甚至政治经济学的思路，我们也未必就应不去顾及案件条件的各种微观变化，进一步，拒绝另类甚至相反的纠纷解决。在此，可发现法律知识的“规范”问题，即应然问题。或这样来看，即使运用经济学的“计算方法 ”，我们依然可发现，基于多变情形而产生的“法律知识的立场选择”，无法避免。

指出这点，并不意味着，我在指出《简约法律的力量》的不足，也不可能存在“指出不足”的问题，而且，《简约法律的力量》本身或许认为，这点根本不是一个不足。在此，包含争论空间。其实，一本著作，可在提出自己见解的同时，使他者提出另外的问题思路，在法律语境中，已为至高境界。正如该书反复提到的，法律总需面对复杂世界，而复杂世界的问题关键，在于复杂因素无法完全甚至大体予以预测；其关键，在于信息不完全。法律解决问题时，常在“摸着石头过河 ”，又在遭遇 “规范立场 ”的选择。“一劳永逸”等关键词，在法律追求的语汇中不可能注册。这个意义上，重要的，则是一本法律学术著述是否可提供开放的思考空间，以及提供经验上的反证可能性，进一

步，推进我们对法律与复杂世界关系的重新理解。其实，《简约法律的力量》一书，本身亦常提到“简约”所遇到的问题及重新认识“简约”的可能性。尽管相信“简约”的设想在许多地方可具有力量化的效果，但该书亦在说明，“简约”有其自己的边界。[458]

当然，验证法律理论的意义及自我辩驳、推进，必须要在实际的微观法律环境中展开。故我们便发现，《简约法律的力量》，如何深入法律王国的各个领域，如财产法、侵权法、婚姻法、合同法、保险法、劳动法、税法、公司法、证券法、反垄断法、土地管理法、交通法、环保法……如何深入细节化的经济、政治问题领域，如何在这些领域中，展开自己“简约法律”的思想实验，以论证其所具有的重要力量。如此一种叙事策略，尽管希望在人们习以为常的复杂法律现实和法律“可持续发展”中，逐一展开运动战、游击战，进而各个击破，在细节上，彻底“戳穿”复杂法律的历史进程不可阻挡的现代性神话，但此亦为必须操作、坚守的一项学术活动，亦为“法律是务实的”“法律必定需解决实际具体问题”，这些原则所要求的智识期待。显然，仅适用宏大理论，如“简约无所不能”，以应对“复杂法律”的宏大理论，或如“复杂可天衣无缝”，没有任何意义。“复杂法律”的观念，本身即在微观的法律部门、微观的法律现象中，磨炼建构的。故为征服对方，便必须在对方得以成立的基础上，展开较量、拿出实力。而且，法律务实的品格，决定法律理论不能是抽象的理论游戏。也由此，不仅需提出“为何复杂法律的发展可畅通无阻”，而且需在提出这种问题后，运用巧妙的学术战略，通过从一个具体法律问题进入另外一个的方式，逐步揭示其中痼疾，展示另外想象，提出新型方案。

当然，此又在另一个层面上，提示法学理论的立场选择，其本身所具有的持续性。

第七章　法学学术与法律生活——经由“一种实证法学努力”而分析

知识分子究竟为数众多，或只是一群极少数的精英？[459]

一、问题和限定

第五章，从理论中法律知识和实践中法律知识的关系这一视角，当然，此视角亦为本书的主题目标，分析了“现代性观念”和“现代法治”的内在问题，其中一个基本观点，即强调在“现代性观念”和“现代法治”的背后，或深处，应警惕一种法律职业利益的“占有 ”，甚至“压迫 ”。此观点另强调，对观念的宣扬，如“现代法治 ”，特别是“现代性观念”牵引下的“现代法治 ”，保持一定的“政治学”警觉，从历史唯物主义和阶级立场予以分析，是十分必要的。应这样说，对理论中法律知识和实践中法律知识的相互关系，展开深入辨析，在一个逻辑方向上，恰是要求反思“知识”的“利益性质”。

第六章，基于类似的学术目的，从一个法学文本提到的“法律复杂与简约”的问题切入，提出在各个具体法律制度语境中，基于客观环境条件的变化，法律知识的“政治”选择，依然不可避免，并且，我们需不断反省某类法律知识的选择。此从侧面，意味着对理论中法律知识与实践中法律知识的关系，更进一步的思考。

这一章，将结合另一个具体的法学文本，即《送法下乡》[460]，从微观细节上，分析理论的法学学术和现实的法律生活的关系，以再次补充本书主题的分析层面。

中国当代法学中，作为学术著述，《送法下乡》极富挑战性，同时亦富有争议性。[461]其研究中国基层司法制度的运作及其中“故事”，为人们提供了法学研究、思考的新激励。所以选择《送法下乡》作为分析对象，因为，在当代中国的“科学”“实证”的法学研究运动中，《送法下乡》已成为标志性的文本之一。正如人们常感觉的，其所挑战的法学对象，是普遍的，而所遭遇的回应，同样普遍。更重要的，以更精细、生动、富有智慧的方式，此文本，延续、拓展了“科学主义”的实证法学思考的学术策略，且具有非常显著的独特品性。

本章的基本观点是这样的：现实法律生活中的复杂，更缘于动态的“微观斗争”，而其动态，对“科学”“实证”的法学研究策略、法律知识进路，除本书第一章所分析的困难外，又为一个根本性的障碍。众所周知，“科学”“实证”的法学、法律研究，希望在经验世界中探查、把握事物的具体结构、周边关联，进一步，为未来时的制度建设提供新的方案，此方案且是科学、高概率的。但如果当“科学”“实证”的法学、法律研究正在进行时，或已完成，现实的微观法律生活，由于“微观斗争”的不断生发，亦在持续发生变异，或不同于过去，则这种研究难免面对一种“刻舟求剑”的尴尬。此基本观点意味着，在现实的法律生活中，正如我们常提到的“微观制约”——每个人生活在各种微观条件的限定制约中——总是一个现实一样，“微观斗争”，即每个人总会在微观动态中转换欲望、调整策略、改变态度，从而置身争夺，亦为重要的现实。故我们面对的是两个现实“微观世界”，而两个现实“微观世界”，我们似乎无法断定何者更根本，或主要。这个意义上，我们必须至少是部分地，将思考视线移往其他方向。

前面几章，特别是第一章、第四章，提到法学研究“历史化倾向”及其“历史主义”的问题；这几章曾分析，面对过去，“进行总结式的历史研究”，人们实际上总是难以解决未来时刻的“未知问题”。但基于主题要求的缘故，这几章，尤其是第一章、第四章，未将与法律

实践密切勾连的“微观斗争 ”，融入进来，予以考察（当然略有触及）。其实，本书亦有意在这一章，结合一个具体法学文本，将“留待”的“微观斗争 ”，仔细辨析。因为，结合更具体的一个文本分析对象，特别其基本思想— —“微观制约 ”——可与“微观斗争”形成学术上的有趣对照、互动，是更便利的，亦更有效，同时也更具有“研究吸引力 ”。就此而言，本章是前面几章，特别是第一章、第四章，其一个具有“实质意图”的“具体 ”推进。

当然，本章首先在主要方面，分析《送法下乡》的积极意义，因为，尽管在我看，“科学 ”“实证”的法学研究是有问题的，但我亦相信，且在本章中亦将论证，其在当下中国的法律语境中，同样具有必须认真对待的积极价值，特别是以《送法下乡》为标志的“科学 ”“实证 ”的法学研究。此外，从学术知识谱系的角度，本章提示且分析，《送法下乡》在当下中国法学语境中，开辟了何种重要的研究路径，展现了何种重要的学术意义，其所具有的法学知识增长点，究竟在何处，以及在理论的法学学术和现实的法律生活之间，其确立了怎样的某些有益关联。[462]

二、在中国基层司法制度中

《送法下乡》关注的对象，是中国基层司法制度。应指出，如此定位，使《送法下乡》可自然获得一种新型法学研究策略的可能性，但此仅为一种可能性。中国基层司法制度，对中国的法学界而言，是一个“知识”的盲点，业内人士对此通常不应予以否认。这里的意思，并非说，中国法学学术研究缺乏对基层司法制度的讨论、分析，[463]而是说，中国法学学术研究，通常不认为，在中国基层司法制度中可发掘法学意义的系列知识；通常不认为，从这种制度中，可概括、总结一类类似法学智识活动的知识产品。我们能发觉，当下中国法学研究的基本状态，是“理想”式的，充满“大词 ”，其运作方式，基本看，

以抽象理论配置作为出发点，而且，常配有极强的“终极是非判断”的话语欲望。[464]或许正因为此缘故，基层司法制度中的知识呈现，在业内学术的视野中，成为简单操持手工技艺的“作坊”展示，有时，甚至成为应剔除的陈规陋习，如果其与所谓正宗的法学知识相去甚远。

针对中国法学学术状况，《送法下乡》试图引发一类知识的解放，即解放被边缘化的另类知识，及其被压抑的法学意义，并且，在解放过程中，试图将新型法学研究策略的可能性，变为现实，而其途径正是中国基层司法制度。

“解放”行动需要逻辑起点，起点为何?

在《送法下乡》看，中国的法治建设，总体上只能自下而上，因为，从根本上，法治建设是一项人民广泛参与的整体事业。同时，《送法下乡》亦宣称，强调自下而上的特点，并非绝对否认理性化的法治建设的必要性、紧迫性，相反，这种强调，意在凸现理性化的法治建设的艰巨性、长期性，依此深入，强调的最终目的，则在于稳健地推进“中国化”的法治建设。[465]在《送法下乡》的叙事目的中，由这里，法治建设的契机，不仅在于发现“法律实施 ”这一关键环节（我们均知法律实施是法治实现的关键），而且在于，追踪法律实施的周边谱系，将其中“隐密制度 ”——非正式制度— —予以认识，将其中“隐密制约 ”，予以揭发。此外，如果进入法律实施的周边谱系，我们自然可发觉基层司法制度的中枢意义，因为，我们完全可发现，在空间和数量两个维度上，基层司法运作，实际上构成中国法治建设过程的“基石”部分。故从学术角度，重构基层司法层面的“事物的内在逻辑 ”，变得尤为重要。忽视中国基层司法制度的运作逻辑，及此制度中的知识类型，将遮蔽我们的“真实”视野，也易导致正统法学知识的“夜郎自大 ”，最终，亦有可能导致业已展开的法治建设的悄然流产。

正因为基于这样一种观念，也正是在这样一种意义上，我们自然可认为，基层司法制度的研究，需取得资格上的正当性，且需慎重对待。在此，《送法下乡》实际上提醒人们注意，此为法学“解放”行动的逻辑起点。

不难理解，在中国的环境中，法治运动的推进与展开，有如其他任何宏大运动一样，难免在建立被征服者的过程中树立征服者，并且，此征服过程，伴随了“知识权力”的胜利象征。[466]法治知识，尤其是被“大写”的，在俨然具有天然正当性的同时，获取了一种自上而下的凌然位置，但正如“叙事”的过程总会遭遇“反叙事 ”一样，征服的过程，总会伴随反征服。

从此意义看，被“大写”的法治知识，势必需面对众多“小写”的法治知识，势必要在较量或斗争中，证明自己的正当性，且在这种过程中，证明自己的胜利资格。这种较量与斗争，不是纯粹的猫捉老鼠的游戏，或纯粹的老鼠戏猫的游戏，同时，更非纯粹的理性机巧的对垒，相反，这种较量与斗争，是各种原本即为“小写”的事物秩序，其多足鼎立的游戏与对垒。正因为存在事物秩序的“多样 ”“精彩 ”，我们才发觉，甚至才看到，知识的猫捉老鼠和老鼠戏猫的游戏，如何展开，以及理性机巧的博弈，如何深化。

我们熟悉的法治知识，尤其是易被“大写”的，原初看，即为源自具体事物秩序的知识，某种意义上，正是源自西方具体社会事物秩序的知识。历史中，这种知识的传播、展开，特别是针对其他国家、其他民族的传播、展开，一方面，和其他国家民族中某些阶层— —在近代中国，主要是城市有产阶层和知识阶层— —的主动认知，存在关系，另一方面，亦和西方民族国家的发展与扩张，乃至“殖民主义”的张扬，密切相联。即使撇去这些不论，或即使承认中国的历史教训，如近代出现的在对外战争中不断失败，与这种知识的缺乏存在重要关

联，[467] 或即使甚至认为，这种知识，在某些价值层面上是必须宣扬的，我们依然需理解，将此原初即"具体化"的法治知识推向另类的事物秩序，是会遭遇"反叙事"的，且要展开"阵地战"（葛兰西［Antonio Gramsci］语）。因为，事物秩序的另类，已标志社会需要的复杂及人们需要的另类，而需要的另类，在遭遇外来知识之际，便会自觉引发对抗博弈的游戏。从此看，且具体言之，在今天中国"法律实施"这个关键部位，游戏的双方，或许正是已被"大写"的法治知识和中国基层司法制度的法律知识。

中国基层司法制度的运作，这个意义上，理所当然，需纳入法学研究的领域，及理所当然，具有被学术言述予以展示的资格。

与此同时，另类的需要，或许亦应给予认真对待，因为，此类需要，亦可能正是基层广大民众— —包括基层司法人员— —的真实需要，而基层司法运作的知识，或许正是这种真实需要的真实反映，及其真实转化、宣扬。如前所述，我们应看到，知识的生产，原初具有"生产地"，进而具有地方性，亦和具体需求相互联系，仅是随着进入流通领域，有时便具有一定的普适性。但我们应反思的，则是有些知识一旦拥有普适性，知识的持有者，却常忘却知识的"原有地方"及其与"具体需求"的对应联系。故一种知识的压抑，甚至"垄断"，便会出现，进一步，其实际上妨碍了知识的增长及有效流通。不仅如此，其亦可能凭借知识的所谓"正确"，轻视直至压抑另类的具体需要。[468] 就此而言，知识应有竞争，而认识竞争必要性的前提，则是看到知识的地方性及具体需要的地方性。[469]

故中国基层司法运作中的知识，同样对"中国法治建设并非可有可无"。[470] 否则，中国法学学术，将有可能不知不觉，压抑中国基层广大民众的另类需求，进而反向压抑"法学学术不断发展"的知识需求。

此外，《送法下乡》明确指出，从已有的涵盖世界学术语境的法学知识谱系看，虽然研究基层司法制度的学术努力，是存在的，但由于在欧洲大陆国家，法律运作的关键部位，主要是立法，而在英语国家，法律运作的关键部位，主要是上级司法，法学知识的学术活动，总体看，或以“立法范式”作为标志，或以“上级司法范式”作为标志。换言之，欧洲大陆法学，十分关注立法模式的法学知识的构建，英美国家法学，十分关注上诉法院模式的法学知识的编织。一般层面上，基层司法制度的学术化的知识考察，处于被遗忘的境地。[471]故在这样一种世界范围的学术语境中，将在中国处于基石部位的基层司法制度予以学术化，且将土生土长、在和域外法律知识磨合博弈中孕育生发的“非常中国”的基层司法知识予以学术化，当然是种重要的研究理路。

在我看，这种意识本身，已是一种重要的学术贡献。并且，我亦认为，《送法下乡》就自身且就研究对象而言，实际上，已筑造了新型的知识产品，同时，将其推入了法学研究谱系的续接位置。

若如此理解，则何为蕴涵在中国基层司法制度中且值得被学术化的“法学知识”?

《送法下乡》指出，第一，较注重处理结果的相对公正，而此公正，更多以具体语境中的社区评价作为标准；第二，结果判断先于法律推理、适用和论证，此为注重结果公正的自然延续；第三，解决核心争议，力求避免余留纠纷死灰复燃，此为注重结果公正的必要展开；第四，凭借直觉，适度剪裁案件事实的排列组合，这是为结果公正铺垫必要的法律基础；第五，防止矛盾的意外转化，此为注重结果公正的必要补充。此外，表现形式上，尽力“套用”法律条文、集体研究决定法律适用、争取其他相关政府部门的支持（如在执行中）等，亦可列入。[472]

我认为，我们应注意，这种“法学知识”并不忽视已存在的国家法律制度，相反，其“盯视”国家法律制度，且是在此制度和庞杂数量的案件、民众的细故需求、[473]基层法院法官的自身利益等“事物周边的制约因素”之间，嫁接巧妙的逻辑联系。同时，这些“法学知识”，是彼此相互联系的。就单一方面而言，其中有些知识，或许已被现存的法学知识阐述、说明，[474]但就总体相互关系看，它们属于具有特殊意义的、中国基层司法运作的“法学知识”。

如此，通过《送法下乡》，一种不同于我们在一般的法学读本或法学著作中读到的法学知识，逐渐浮现。而且，作为新型的知识产品，尤其因为属于实践理性的一类知识展现，这类“法学知识”，拥有资格进入世界学术市场流通领域。

三、实证经验的法律实践考察

以主义论，《送法下乡》相信历史唯物主义，且以此为基础，其相信中国基层司法制度的知识，是由具体物质环境及各类因素相互制约关系所决定，此外，其相信，法治建设这样一种上层建筑的方案，需要一种人所共知的大基础。[475]更应强调的，《送法下乡》认为，这类相信，不是“口号化”“标签式”的，而是脚踏实地的，其目的，是为了切实解决中国的实际问题，真实、真切地理解中国的基层司法制度。[476]故《送法下乡》中，法学“解放”的行动步骤，是在社会存在，尤其是在“事物本身的逻辑”中展开的，同时，是在生动的实证方法操作中，予以展开。

通过《送法下乡》，我们可读到细微的事件、真实的个人，可读到既个性又共性的人们具体需求，更重要的，我们可读到事件与人物、事件与人们具体需求的细节关联，并且，可在这种细节关联中，体会“事物本身的逻辑”。《送法下乡》所凭借的，是细致化的实证方

法。此文本提醒人们注意，生动有效的实证方法，不是简单的外在观察、观念先行的问卷调查、信手拈来的媒体证据（如报刊报道）举出，与此颇不同，这种实证方法，是不断反省自身的发问、不断推敲的考证、[477]“同情深入”的接近、设身处地的理解[478]。它是“走进式”的猜想与反驳（波普尔语）。生动有效的实证方法，由此展开，且是“内在”“嵌入”的。只有如此，我们才能在实证方法中，“走进”现实的法律生活，把握事物本身的逻辑。[479]

这种实证方法亦为科学，具有反省性质。在《送法下乡》的设想中，真实有益的法学知识，可验证，亦可证伪，是在提出理论模型，且不断验证理论模型的循序过程中，逐步磨炼，其和我们的经验材料相互贴身、彼此对应。所谓有效的知识，同样由此而来。《送法下乡》已明确承认，理论知识的意义，并不在于“一次性”的认识终结，相反，其在“设想/验证/证伪/推翻”中，不断推进。不论他者真实有益的法学知识，还是《送法下乡》本身在现实中提升的法学知识，均非绝对不可推翻，因为，“外面的世界真精彩”（《送法下乡》喜用的表述）。这个意义上，我们的认识，是不断的，认识的目的，同样不断。只有这样，我们才能反复深入中国的法律现实，渐次理解这种现实，趋向有益解决中国的法律现实问题。

从广义的知识谱系角度看，可认为，《送法下乡》的实证方法，是波普尔描述、阐发的科学前进的方法，其在法学中的延伸、提炼。[480]同时，该方法亦非纯粹波普尔式的，其包含社会问题意识的要素、自省。《送法下乡》将实用主义的有益观念，即问题的针对性和解决的针对性的有机结合，纳入实证的科学方法。如此，这种方法，便获得新鲜的质素和能力。此为中国以往法学文本所没有的一类特质。

显然，如果对《送法下乡》的实证方法作出这样的贴切理解，便可自然发现，假设我们亦在现实生活中开掘反例，树立反证，直至据此充满底气，宣称《送法下乡》的研究，是不足的，且有问题，因为，该文本没有涵盖所有的事物，且未捕捉所有的因素，甚至是种“断章取义”，则我们的批评及思路，实际上，是在赞同直至支持该文本的实证方法，并且，在赞同和支持时，亦在走向无法躲避的自我颠覆。因为，《送法下乡》试图运用自己精湛的实证方法，引导人们“走进”现实的中国法律生活，试图引导他人同己一样，提出疑问，进而猜想、验证，进一步，提出反驳，以建立、验证、证伪已有的理论知识及新建的理论知识，包括《送法下乡》自己的理论知识，即试图引导他人，运用同样的实证方法。[481]《送法下乡》依据的资料“个性化”，及提出的理论知识的可证伪性，事实上，已隐含一个逻辑意蕴，即吸引新的资料“个性化”及新的理论知识可证伪性。就此看，批评者越是运用相反的具体资料，以批评《送法下乡》，反而越是证明，《送法下乡》具有重要意义。批评者，需寻找新的异质资料，再后来的批评者，仍需寻找更新的异质资料……这一过程，恰是“科学理论”所依赖的可证伪性的过程，亦为《送法下乡》所要达到的“科学”目的。由此，我们的直率批评，当然是坦诚的，其实正是《送法下乡》在逻辑上所欢迎的，使其兴奋。《送法下乡》，经由这里，亦将且已然成为旗帜性的先导文献。[482]

中国的法律改革、法治建设，正迅速向前推进。就基层司法制度而言，我们熟悉的一套运作方式及制度配置，正在且已经发生“外科手术式”的变革与更新。隐去审判庭长，设置法庭法槌，更变法官服色，淡化审委会，凸现合议庭，建立诉辩制，削减法院行政职能及统一司法考试以抬高基层法院“行业准入”台阶等，作为系列性的革命代码，已标志中国基层司法制度，不得不在变革方向中前行、上路。此是否意味，《送法下乡》为之辩护的某些基层司法制度的运作及知识，已末路穷途？是否意味着，《送法下乡》的某些论证逻辑，已失效？

在我看，如果意识到信息的局限性，即我们所得信息时而封闭，或意识到“城市化”的法学研究及法律改革方案，常在“城市化 ”的媒体所展现的经验世界中运转，[483]进一步，如果心存意愿，并有能力，打开我们已有的经验世界，或像《送法下乡》一样，走进现实的法律生活，则我们便会在广袤的中国“田野”中，在此“田野”的细微事物关系中，且在那些其他非正式制度因素或物质因素未发生相应变革的“地方性”区域中，发现《送法下乡》为之辩护的某些基层司法制度的运作及知识，具有生命力，颇为顽强，甚至巧妙机智，进一步，发现《送法下乡》的论证逻辑并未失效。亦由此，我们便会警觉，并看到，运用宏大、普适— —其实貌似普适— —的法学理论及法律改革方案，指责这些运作，“纠正 ”其知识，且批判《送法下乡》的论证方法，是无益的，亦缺乏“建设性 ”。其实，正如《送法下乡》反复强调的，法治的革命代码，必须且只能，在相应的革命制度及革命因素的配套关系中，彰显自己的机制，挥发功能。重要的，不是“个别革命 ”，而是“整体革命”。[484]在这里，问题不是法律革命的代码是否对错，而是这种代码如何且怎样才能挥发切实的作用。[485]前一问题，空洞苍白，属于政治道德性质的“规范判断”问题；后一问题，丰富丰满，属于具体实践性质的“社会理解”问题。而丰富丰满的“社会理解 ”，及由此而来的富有成效的法律革命，则又必须倚赖耐心艰苦的实证研究。

四、法学学术的“特殊”修辞

阅读《送法下乡》，我们常可发现平易浅显的修辞、解说及民间小词化的遣词造句，此为一种重要的叙事方式，包含重要的叙事策略。《送法下乡》，或许有时有意回避“大词”的使用。如果的确如此，则在我看，此不仅意在和法学研究习以为常的“大词咏叹”保持距离，更重要的，又意在和该文本运用的“亲民式”的实证方法，形成相得益彰的合谋关系。同时，其目的，亦是为了拉近理论性的法学知识

和实践性的法律知识的关系，且在拉近的过程中，暗示两者可能存在的密切关联。

“杨白劳要挟黄世仁”“胳膊肘往里拐”“打枪的不要、悄悄地进村”“抬扛”“没有人希望自己的案子被打回来或被纠正”“将政策用足”“上级［法院］说了算”“留个记性”“眼不见、心不烦”“打离婚”“把事办成”，[486]甚至书名“送法下乡”……这些在人类学及社会学研究中常被重视、调用的民间词句，在《送法下乡》中，当作为证据直接印证相关实际材料时，兼有值得注意的特殊叙事功能。

首先，其为读者理解中国的基层司法运作和知识的直接通道。通过这些词句，读者可直接把玩、拿捏、体会、思考活灵活现的中国式的真实场景，真实动作及真实心态，进一步，借助暗喻，以领悟《送法下乡》的重要主题：法律运作从来都是“于生活之中”的。

其次，在这些词句的叙述中，我们可将自己的法学研究语境，和中国基层司法的运作语境，对照起来，进而体验两种语境的相互距离，认识所谓的理论理性，其和智慧的实践理性的实际落差，进而自我提醒一个基本理念：法律研究事业，原本应是务实的。

再次，这些词句，游弋于现实基层司法生活的修辞游戏中，它们既在推创这种修辞游戏，亦在依赖这种修辞游戏。如此，通过词句的阅读勾连，读者便易“亲密接触”中国基层司法的内在逻辑，或关系逻辑，进一步，深层体验中国基层法律实践的生活线路。

概言之，在这些词句及与之联系的叙述展开中，走进现实的法律生活，不仅是“意念”的，而且是“修辞”的，以叙事论，既是“由外到里”，亦为“由里到外”，进一步，读者和中国基层司法制度的空间距离，自退消失。

在《送法下乡》中，上述具有特殊叙事功能的词句及与此相联的平易阐述，已暗示作者叙事角色的独特定位。阅读中，读者可发现，作者常不断进行角色转换，即从法学家到法律家（这里尤其指从事实际调研工作的法律家），反之，从法律家到法学家。其实，作者也已宣称："我追求的不是那种从生活世界中完全分离出来的抽象原则，而是力求在生活中展现理论的力量。"[487] 我认为，此应予以特别关注。

《送法下乡》是学术著作，故一方面，其必须具有学术策略、学术推进，必须将研究对象置于学术空间中，予以剖解和阐释，在已有学术谱系中，将自己的学术研究，准确地移动和安置，另一方面，正如《送法下乡》所期待的，法学研究是为了认识、解决中国的具体法律现实问题，而非为了大词式的理论空谈，因此，其亦必须具有实践性的问题意识、实践性的解决意向。

我们可看到，以往绝大多数的法学研究，尽管"十分优秀"，但常缺乏细微生活实践的反复调研、思考积淀。即使研究者，本身自己亦常承认，这种研究，是从理论到理论的。与此对应，以往绝大多数法律研究（这里指从事实际法律调研性质的研究），尽管同样"十分优秀"，但相反，缺乏缜密的学术思索、论辩推演。中国的法学家和法律家，作为社会角色，其间存在明显的界线与隔阂。虽然作为个人，许多法学家，由法律研究而出身，而许多法律家，由法学研究而出身，即人们常见的法律职业领域中的"学而优则仕"，但角色一旦固定，其所推出的思考产品，则明显分属自己的角色群体。此在法学家及法学研究中，尤为明显。

自然，对这种实际存在的现象，我们不应过多责怪，因为，社会分工在整体上，的确要求"各司其职""各尽其能"。但"同情"的理解，并不意味着，应拒绝法律研究和法学研究的相互结合。如果我们记

得“法律必定是务实的”这一理念，则结合两者，亦为情理之中的工作。当然，将两者结合，需高度的能力和质素，而如此努力，亦因此是艰难的，颇为困苦。《送法下乡》已作出这种尝试，[488]并且我认为，这种尝试是成功的，正由于在文本叙事中不断转换作者的角色身份，将法律研究在法学研究展开，将法学研究在法律研究中展开，《送法下乡》得以获得一个重要基础，即推出“非常中国”的法学产品的基础。此产品，在中国基层实践中生发，同时，亦在世界学术背景中展开，[489]其在经验和智识两个层面，必然需要法律家和法学家两类角色的相互结合。故在“法律必定是务实的”这一理念的反观中，《送法下乡》的学术价值，包括实践意义，是不言而喻的。

法学理论中的知识和法律实践中的知识，其两者关系，在我看，颇为微妙。我个人认为，《送法下乡》在互换角色及结合两类知识的叙事过程中，其逻辑通道之一，又在指向反思两类知识的截然分界。

我们习惯认为，理论知识即为法学家理论化的知识，而实践知识，则为法律家应付具体问题而展现的“日常技艺”。虽然人们承认，法学理论来源于法律实践（当然还有其他社会实践），但人们亦习惯认为，法学理论，应是普遍指导法律实践的。故在这种观念中，法学理论的知识，具有“普遍”意义，而法律实践中的知识，仅具有“具体”意义。在法学理论的领域内，法学理论知识是可交流的，法律实践知识，不可交流（因为，没有“资格”，虽然在实践工作中可交流）。但剥离两类知识的肌理纹路，深入两类知识的逻辑路径及理解两类知识的思考意向，正如导论和第一章所分析的，我们完全可发现，两者在一定意义上，是同一的。只是其一在表面上，已进入法学理论，而其一在表面上，依然被丢置在法律实践中。

关于这一点，可再考察一例，即不论在西方上诉法院司法运作中，还是在中国上诉法院司法运作中，我们均能发现，今日法学理论

习以为常的知识，不仅是“活跃”的，而且还发挥证明具体判决的法理基础的重要作用。这些上诉法院，在具体案件的讨论判决过程中，均会论说“立法与司法的关系”“特别法与普通法的关系”“法院的社会角色定位应如何（如不能像行政机构，积极干预社会事务）”“法律解释应依据立法者的原意”“罪刑法定原则是刑法的基本原则”等，换言之，理论中的“法理”，实际上，有时是这些上诉法院日常知识的关键性的自我陈述。

我们当然可认为，这种状况的出现，在今天，包括以往，是法学知识传播的结果，但无法否认，这些法学知识在历史上，曾恰是法律实践的附属“产儿”，其随法律实践的诉求而生发演化。即使法学知识本身，现在也已承认，法学理论，甚至法学这一学科，均为跟随社会历史中的法律实践知识而产生。[490]

此外，法学知识在法律实践中的传播，亦在证明，法学知识具有干预实践的话语意图，法学知识从其产生之日起，便具备参与实践的能力与资格。法学知识不是探讨“终极的科学真理”，相反，其始终以隐蔽的方式，运作于法律实践中。[491]

正是基于这样一种理解，我们便有理由认为，原本被称为法学理论的知识和被称为法律实践的知识，其分野，事实上，仅为后来社会分工的一个附带结果。我们亦可这样描述，如果认为，法学理论是在社会历史的具体法律语境中产生的，并认为，法学理论不是在作“玄学”的终极探讨，则这些“认为”，已包含一个逻辑结论，即法学理论知识和法律实践知识的“普遍具体”的位置关系，应被瓦解。经由这里，我们可从另外角度，理解《送法下乡》叙述角色定位的重要意义：其一，法学家和法律家应是同一的，面对中国法律实践，其均无法回避立场问题，[492]前者应像后者一样，自觉关心中国的实践命运，法学家的所有知识，均应融入实践的关怀；其二，中国基层司法

运作中的知识，同样具有法学知识的资格，解放这类知识及其中的法学意义，恰为强调这类知识和“易被大写 ”的法学知识的同等地位，甚至强调，在特定语境中，如中国的特定地方性区域，前者优于后者的必要地位。

自然，我们的法学知识生产，其所倚赖的制度环境，限定了“生产手段 ”。法学研究者所处的研究空间，其所期待的“一般知识”及其所处的生活场景，已像无形的立法者，“规定”了研究者与研究对象的位置关系。但在《送法下乡》看，无形立法者的权威，在智识活动中，有时是可被冲破的。《送法下乡》亦的确有时在努力，以打破“无形立法者的权威”，走进研究对象中。

五、微观制约与微观斗争

前面讨论，有“大词”的印记，其本身，是为《送法下乡》的叙事风格所“厌恶”的。为“零距离”接触《送法下乡》，我们有必要，追随《送法下乡》，从具体事件出发再做阐述，进一步，分析《送法下乡》及以其作为标志的学术路向，可能存在的问题。

2000年10月，《送法下乡》初版。时隔一年，即2001年10月，四川省泸州市出现一个引起广泛争议的法律审判。审判涉及遗产纠纷。作出一审判决的是该市一个基层法院— —纳溪区人民法院。

案情十分简单。一名男子，已有妻子，但又与另一名女子同居生活。此男子后来病危，临终立下遗嘱，将自己遗产分为两部分，一部分由妻子继承，另一部分由同居女子继承。对遗嘱，当地公证机关作出公证。男子死后，同居女子起诉至法院，要求妻子交出自己（即同居女子）自认为的应得遗产。

纳溪区人民法院公开审理了这起遗产纠纷案。作为原告，同居女子认为，根据《继承法》第3章第16条第3款的规定，即“公民可以立遗嘱将个人财产赠给国家、集体或法定继承人以外的人”，并且，原告恰为该条所规定的“法定继承人以外的人”，故法院应支持自己的诉讼请求。作为被告，妻子认为，死者立遗嘱的行为，已违反《民法通则》第7条的规定，即“民事活动应当尊重社会公德”，且死者立遗嘱的行为，亦违反《婚姻法》的有关规定，破坏了我国一夫一妻的婚姻制度，故法院应认定立遗嘱的行为，属于无效民事行为，进一步，驳回原告的诉讼请求。[493]

经过几次开庭，合议庭将案件的情况上报审判委员会，请其讨论。审判委员会的成员，提出两种意见。第一种意见，支持原告的法律观点；第二种意见，支持被告的法律意见。最后，通过充分讨论，审判委员会认为，的确应适用《民法通则》第7条的规定，认定立遗嘱的行为，属于无效民事行为。随后，合议庭判决，驳回原告诉讼请求。[494]

判决宣布完毕时，能容纳1500人的法庭旁听席，当时座无虚席，传来阵阵掌声。当然，亦有不以为然者。[495]

判决后，该案审判长接受记者的采访。审判长指出，仅从《继承法》看，应考虑原告的诉讼请求，但法院在审查时，充分考虑了此案背景，在特别法与普通法之间，法院突破常规，大胆援用《民法通则》的相关规定；而如果支持原告诉讼请求，则会损害无过错一方即被告的利益，此等于助长“第三者”的社会风气。[496]纳溪区人民法院分管民事审判的副院长，亦接受记者的采访。这位副院长指出，《民法通则》为一部基本法律，其是一个大的原则，《继承法》和《婚姻法》均属于民法范畴，这些特别法规定，不能离开《民法通则》的指导思想。进一步，这位副院长指出，通过此案，纳溪区人民法院亦总

结一个经验，即“审判机关不能机械地引用法律，而应该充分领会立法的本意，并且在充分领会立法的前提下适用法律”。[497]如同审判长所强调的，此副院长亦提到，该案中，纳溪区人民法院直接引用《民法通则》的基本原则，未机械适用《继承法》的规定，合情合理，如果纳溪区人民法院依照《继承法》的规定支持原告诉讼主张，则会助长“第三者”“包二奶”等不良社会风气，进一步，违背法律所要体现的公平、公正的精神。[498]

一审判决结束，原告提起上诉。颇为迅速，上级法院判决驳回上诉，维持原判。[499]

对此案的法律审判，毫无疑问，我们可从各种角度，进行评论、研讨。事实上，已出现许多评论研讨，[500]但一般看，这些评论研讨，均沿着三个方向展开：第一，指出法院判决是否正确，后提出支持的理由，或反对的理由；第二，结合该案，从法理上，仔细研讨有关的各个法律的相互关系，分析各法律及各法律条文之间的“规范”层次，甚至“孰先孰后”的位置，解释法律条文的意思，到底为何；第三，指出并分析法院判决的政治、社会、文化甚至历史的大背景。如此三个方向，是法学研究者特别熟知的。

另有一个评论、研讨方向，此即《送法下乡》提供的。依照《送法下乡》的思路，我们需了解，围绕法院判决而产生的微观社会关系及微观社会场景，需考察法院判决过程如何在细节上展开，并且，这些材料，其和其他地方获得的其他基层法院判决材料存在怎样的解释关系。如果我们直接作出“正误判决”“法条注释”“文化解释”，则其意义，十分可疑。[501]我们需问如下一些“小”问题，例如：

（1）法庭开庭时，旁听者与法官的关系，是如何形成的?

（2）

在案件审判过程中及在案件出现前，合议庭成员的关系，怎样形成，又如何变化?

（3）合议庭和审判委员会的关系，是怎样建立的?

（4）审判委员会的成员关系，如何变化，其中法院院长，及主管民事审判的副院长，和其他成员的微观权力关系，是如何运作的?

（5）当地民众，具体怎样看待此案及这种看法，对法院某些审判员的观点，尤其是审判委员会的某些成员，是否真正产生了影响?

（6）审判委员会的某些成员，是否知道或了解，其他法院对类似案件的解决办法?

（7）合议庭成员及审判委员会成员，是如何运用“各类法学知识”进行交流的?

（8）作出这一判决的基层法院，其和上级法院的真实关系，是怎样的?

（9）婚姻之外的同居关系，在当地已造成何种影响，其刺激了当地人们的哪些观念，以及赞同、反对的力量对比关系，是怎样的?

……

这些“小”问题的清单，可不断开列。同时，更重要的，我们还需在这些问题的答案之间，建立逻辑的解释关系。从法学角度看，我们需运用这些答案，及解释关系，以验证、证伪已有的法学知识及理论模型，提出新的法学知识和理论模型，进一步，更准确解释“大写”的法学知识和“小写”的法学知识，其权力博弈关系。最后，如果的确必要，则应结合已得到的综合微观条件关系，以提出案件的解决方法。

如此一类方向，十分明显，为中国法学研究者所不熟悉。其中关键词，便是“微观制约 ”。因为，纳溪区人民法院的判决，最终是在“微观制约”中作出的。

在我看，如前所述，《送法下乡》的研究策略，的确可成功从法学内部，瓦解相当一些今天占据支配地位的中国法学知识及理论模型。原因颇为简单，这些占据支配地位的法学知识及理论模型，解释这一经验材料时，几乎难实现较佳的结果，而《送法下乡》提供的法学知识及理论模型，可作出新的成功解释。

尽管如此，我又认为，《送法下乡》正因为十分关注“微观制约”的问题，且将“微观制约”作为自己理论建构的逻辑中心，故在能够成功解释这一判决过程中的多数问题时，无法解释其中另一个重要问题。此问题，即为“微观斗争”。

“制约”的概念，指向一个“单一方向 ”。换言之，如果存在“制约”，则纳溪区人民法院的 “地方性”的判决意见，应是“单一”的，至少，就绝大多数该院法官而言，应如此。因为，法院的人物，均受到微观地方性的趋同控制，微观地方中，已存在“事物的逻辑 ”。的确，法院的判决，就其自身而言，从来均为单一的，但法院的判决，是以法院的名义，而非以个体人物的名义作出的，故其是符号化的，隐蔽了个体人物— —及亚群体— —之间的“斗争”关系。如果抽去符号，在纳溪区人民法院的判决意见中，我们看到的，则是地方性的“制约”与“反制约 ”，准确说，则是“微观斗争 ”，即不同甚至对立的判决意见，及背后的不同力量的对比争夺（注意前述注释中的材料，审判委员会里即有不同的判决意见），或者，则是“小写”的两类法学知识之间的相互斗争，尽管，这些“小写”的法学知识，其与“大写”的法学知识有关，或常借助“大写”的法学知识的话语权力。[502] 而且，此“微观斗争”，可能与当地的社会“微观斗争”相互关联。

故依此思路，我们可逻辑地提出这样的问题：在地方性的基层法院司法运作中，是否存在方向不同的“制约 ”？如果存在，则是否应修正或限制“制约”的理论模型？

在我看，“微观斗争”的具体结果，极可能是偶然的，而非必然。因为，即使已知道纳溪区人民法院的周边微观事物关系，发现其中微观事物的逻辑关系，我们依然不能宣称，在后来的类似案件中，纳溪区人民法院必定如此判决。毕竟，法院中具体个人之间的“微观斗争”，是存在的，人物的位置关系及思想关系，会发生变化。具体说，有人可能成为新的合议庭成员，担任新的审判长，被列为新的审判委员会成员，被任命为新的主管民事审判的副院长，或成为新的法院院长，甚至新的上诉法院的法官，有人可能因为一件社会事情，改变自己的判断观念……而其后来所持有的判决意见，或许恰是相反的判决意见。这些均可能，尽管不是必然的。

“制约”一词，总体看，则隐含“必然”的含义。换言之，依照“制约”的逻辑，我们应可以大致预测纳溪区人民法院的判决。但我们的预测，完全可能与后来的结果，相去甚远。因为，在那里，已存在“斗争”。我不认为，对“微观斗争”的解释建构，亦为一个理论模型，但我的确认为，以往的中国法学理论及《送法下乡》的法学理论，不能很好解释以纳溪区人民法院判决过程为代表的、一类微观斗争的“法学问题”。微观事物的逻辑关系，有时，可能是我们事后理论分析的结果，而非事物本身的真实，即使的确存在“事物本身的真实 ”。理论化的努力，在这里，是会遭遇“反努力”的。

同时，我不认为，通过《送法下乡》的实证方法的反复努力，我们即可成功解释 “微观斗争 ”。因为，《送法下乡》中的实证方法，是和“微观制约”观念相互联系的，甚至以“微观制约”思想，作为观念先导，且亦必须和“微观制约”相互联系，以实现自己的“实证”目的，发

现、展示“规律”意义上的逻辑内容。相反，“微观斗争”是偶然的，且是随机的，亦无法实证“计算”，其中充满或至少包含断裂，几乎没有规律意义上的逻辑内容，以示存在。就此看，“微观制约”解释的失效，可能意味着，该文本及整体法学研究的实证方法的随之失效。为解释“微观斗争”，我们可能需寻求另外的研究方法、路径。

毫无疑问，我们需走进现实的法律生活。但此外，我们亦需瞄向另外的新方向，运用另外的新方法，同时，亦需注意法学的立场选择，以及理论中法律知识与实践中法律知识的微妙关系。如此，法学研究，才会具备更智识的品格，以不断推动法律实践。

参引文献

中文

阿奎那：《阿奎那政治著作选》，马清槐译，商务印书馆1982年版。

C.C.阿列克谢耶夫：《法的一般理论》（上册），黄良平、丁文琪译，法律出版社1988年版。

雷蒙·阿隆：《历史的规律》，何兆武译，载张文杰等编译：《现代西方历史哲学译文集》，上海译文出版社1984年版。

齐格蒙·鲍曼：《立法者与阐释者——论现代性、后现代性与知识分子》，洪涛译，上海人民出版社2001年版。北京图书馆编：《民国时期总书目·法律》，书目文献出版社1990年版。

卡尔·贝克尔：《什么是历史事实？》，段涓译，宜兆鹏、张金言校，载张文杰等编译：《现代西方历史哲学译文集》，上海译文出版社1984年版。

卡尔·波普尔：《猜想与反驳——科学知识的增长》，傅季重、纪树立、周昌忠、蒋弋为译，上海译文出版社1986年版。蔡枢衡：《中国法理自觉的发展》，清华大学出版社2005年版。

K.茨威格特、H.克茨：《比较法总论》，潘汉典、米健、高鸿钧、贺卫方译，贵州人民出版社1992年版。婵娟编辑：《莫兆军，为

何你的命运总牵动着我们》，中国法院网“法治论坛第八期电子杂志”，2006年4月28日发布。

车传波：《论立法精神与法律原则在司法实践中的应用》，载《当代法学》1994年第4期。

陈金威：《论法律移植》，载《求实》2002年第4期。

陈景良：《新中国法学研究中的若干问题— —立足于1957-1966年的考察》，载《法学研究》1999年第3期。

陈启修：《护法及弄法之法理学的意义》（《北京大学月刊》第1卷第2号，1919年），载何勤华、李秀清编：《民国法学论文精萃》（基础法律篇），法律出版社2003年版。

陈兴良：《走向哲学的刑法学》，法律出版社1999年版。

川岛武宜：《现代化与法》，王志安、渠涛、申政武、李旺译，中国政法大学出版社1994年版。

邓子滨：《不道德者的权利》，载《南方周末》2001年11月15日，第5版。

丁元普：《法学思潮之展望》（《法轨》第1卷第2期，1934年），载何勤华、李秀清编：《民国法学论文精萃》（基础法律篇），法律出版社2003年版。

董灵：《公序良俗原则与法制现代化》，载《法律科学》1994年第5期。

保罗·法伊尔阿本德：《反对方法：无政府主义知识论纲要》，周昌忠译，上海译文出版社1992年版。

法治论坛网友ZOSU：《谁来关注“莫兆军后遗症”》（2003年7月7日发布），中国法院网 http://www.chinacourt.org/public/detail.php?id=66704，2007年2月1日访问。

费青：《皮尔逊强奸案翻案事答问》，载《观察周刊》1947年第3卷第3期。

费青：《法律不容不知之原则》（《法学季刊》第4卷第2期，1929年），载何勤华、李秀清编：《民国法学论文精萃》（基础法律篇），法律出版社2003年版。

冯象：《送法下乡与教鱼游泳》，载《读书》2002年第2期。

冯象：《木腿正义》，中山大学出版社1999年版。

冯卓慧：《法律移植问题探讨》，载《法律科学》2001年第2期。

福柯：《尼采、谱系学、历史》，王简译，载杜小真选编：《福柯集》，上海远东出版社1998年。

本杰明·卡多佐：《司法过程的性质》，苏力译，商务印书馆2003年版。

高维廉：《中国法学思想之国际地位》（《法学季刊》第4卷第3期，1930年），载何勤华、李秀清编：《民国法学论文精萃》（基础法律篇），法律出版社2003年版。

伯恩哈德·格罗斯菲尔德：《比较法的力量与弱点》，孙世彦、姚建宗译，清华大学出版社2002年版。

广东省高级人民法院：《广东省高级人民法院终审裁定书》（编号：［2004］粤高法刑二终字第24号）。广州市中级人民法院：《广

州市中级人民法院刑事判决书》（编号：［2003］穗中法刑初字第134号）。

哈贝马斯：《交往与社会进化》，张博树译，重庆出版社1989年版。

哈特：《法律的概念》，张文显、郑成良、杜景义、宋金娜译，中国大百科全书出版社1996年版。

汉密尔顿、杰伊、麦迪逊：《联邦党人文集》，程逢如、在汉、舒逊译，商务印书馆1982年版。

郝铁川：《中国近代法学留学生与法制近代化》，载《法学研究》1997年第6期。

贺卫方：《司法的理念与制度》，中国政法大学出版社1998年版。

华康德：《迈向社会实践理论：布迪厄社会学的结构和逻辑》，载皮埃尔·布迪厄等：《实践与反思》，李猛、李康译，中央编译出版社1998年版。

黄金兰：《论法律移植》，载《山东大学学报》（哲学社会科学版）2001年第6期。

黄庆锋：《二奶持遗嘱与原配争遗产，婚姻法、继承法听谁的？》，载《天府早报》2001年10月12日，第3版。

黄文艺：《论法律文化传播》，载《现代法学》2002年第1期。

黄右昌：《现代法律的分类之我见》（《中华法学杂志》第2卷第8期，1931年），载何勤华、李秀清编：《民国法学论文精萃》（基础

法律篇），法律出版社2003年版。

何勤华：《法的移植与法的本土化》，载《中国法学》2002年第3期。

何勤华：《明清时期案例汇编及其时代特征》，载《学术季刊》，第3期。

何勤华：《中国古代法学的死亡与再生——关于中国法学近代化的一点思考》，载《法学研究》1998年第2期。

D.C.霍埃：《批评的循环》，兰金仁译，辽宁人民出版社1987年版。

霍布斯：《利维坦》，黎思复、黎廷弼译，商务印书馆1985年版。

W.詹宁斯：《法与宪法》，龚祥瑞、侯健译，贺卫方校，三联书店1997年版。

安东尼·吉登斯：《现代性的后果》，田禾译、黄平校，译林出版社2000年版。

克利福德·吉尔兹：《地方性知识：事实与法律的比较透视》，邓正来译，载梁治平编：《法律的文化解释》，三联书店1994年版。

汉斯-格奥尔格·伽达默尔：《真理与方法：哲学诠释学的基本特征》（下卷），洪汉鼎译，上海译文出版社1999年版。

汉斯-格奥尔格·伽达默尔：《真理与方法》（上），洪汉鼎译，上海译文出版社1992年版。

江镇三：《法律与正义》（《法轨》创刊号，1933年），载何勤华、李秀清编：《民国法学论文精萃》（基础法律篇），法律出版社2003年版。

强世功编：《调解、法制与现代性：中国调解制度研究》，中国法制出版社2001年版。

强世功：《乡村社会的司法实践：知识、权力与技术》，载《战略与管理》1997年第4期。

凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，中国大百科全书出版社1996年版。

康雅信：《培养中国的近代法律家：东吴大学法学院》，王健译，贺卫方校，载贺卫方编：《中国法律教育之路》，中国政法大学出版社1997年版。

贝奈戴·托克罗齐：《历史学的理论和实际》，道格拉斯·安斯利英译，傅任敢汉译，商务印书馆1982年版。

奥古斯特·孔德：《论实证精神》，黄建华译，商务印书馆1996年版。

赖颢宁：《被告自杀法官受审追踪：法官称原审改判不算错案》，载《南方都市报》2003年4月26日，第 A18版。

李富金：《法官— —职业与风险同在》，载《法制日报》2003年12月11日，第11版。

李贵连：《二十世纪初期的中国法学（续）》，载《中外法学》1997年第5期。

李贵连、孙家红、李启成、俞江编：《百年法学— —北京大学法学院院史（1904—2004）》，北京大学出版社2004年版。

李浩：《民事证明责任研究》，法律出版社2003年版。

李晋：《法律与道德》（《言治》第1期，1913年），载何勤华、李秀清编：《民国法学论文精萃》（基础法律篇），法律出版社2003年版。

林庆元：《林则徐评传》，南京大学出版社2000年版。

凌斌：《普法、法盲与法治》，载《法制与社会发展》2004年第2期。

林仁栋：《论法的原则》，载《上海社会科学院学术季刊》1987年第1期。

刘广安：《清代民族立法研究》，中国政法大学出版社1993年版。

刘江：《别以道德的名义》，载《南方周末》2001年11月15日，第5版。

刘星：《司法中的法律论证资源辨析：在“充分”上追问— —基于一份终审裁定书》，载《法制与社会发展》2005年第1期。

刘星：《现代性观念与现代法治— —一个诊断分析》，载《法制与社会发展》2002年第3期。

刘星：《走进现实的法律生活— —评〈送法下乡〉》，载《中国社会科学》2002年第3期。

刘星：《西方法学中的“解构”运动》，载《中外法学》2001年第5期。

刘星：《历史语境中的法学与法律》，法律出版社2001年版。

刘星：《法理学的基本使命与作用— —一个疑问和重述》，载《法学》2000年第2期。

刘星：《解读本土法律文化的一种独特方式》，载《二十一世纪》（香港中文大学·中国文化研究所）1999年2月号。

刘星：《法律是什么— —二十世纪英美法理学批判阅读》，中国政法大学出版社1998年版。

刘研：《以日为鉴：浅谈法律移植的制约因素》，载《黑龙江省政法管理干部学院学报》2002年第3期。

柳福华：《高楼里扔出法律难题》，载《人民法院报》2002年8月22日，第4版。

梁治平：《清代习惯法：社会与国家》，中国政法大学出版社1996年版。

勒内·罗迪埃：《比较法导论》，徐百康译，上海译文出版社1998年版。

洛克：《政府论》（下篇），叶启芳、瞿菊农译，商务印书馆1983年版。

卡尔·马克思：《哲学的贫困》（1847年），载《马克思恩格斯全集》（第四卷），人民出版社1958年版。

马新福：《论法原则》，载《政法丛刊》1992年第2期。

斯图尔特·麦考利：《新老法律现实主义：“今非昔比”》，范愉译，载《政法论坛》2006年第4期。

卡尔·曼海姆：《意识形态和乌托邦》，艾彦译，华夏出版社2001年版。梅因：《古代法》，沈景一译，商务印书馆1984年版。

孟德斯鸠：《法意》，严复译，商务印书馆（1904-1909年版）。

孟德斯鸠：《论法的精神》（上册），张雁深译，商务印书馆1982年版。

C.赖特·米尔斯：《社会学的想象》，陈强、张永强译，三联书店2001年版。

宁乃如：《市场经济呼唤平等权：试论公民在法律面前一律平等》，载《法学研究》1993年第4期。

丘汉平：《从西半球的法学说到三民主义的法理学》（《东方杂志》第32卷第1号，1935年），载《丘汉平法学文集》，洪佳期译，中国政法大学出版社2004年版。

丘汉平：《〈历代刑法志〉自序》（1938年），载《丘汉平法学文集》，洪佳期译，中国政法大学出版社2004年版。

丘汉平：《法律之语源》（《法学杂志》第5卷第2期，1931年），载《丘汉平法学文集》，洪佳期译，中国政法大学出版社2004年版。

瞿同祖：《中国法律与中国社会》，商务印书馆1947年版。

阮毅成：《从“法”说到“宪法”》（《时代公论》第87、89号，1933年），载何勤华、李秀清编：《民国法学论文精萃》（宪法法律篇），法律出版社2002年版。

乔·萨托利：《民主新论》，冯克利、阎克文译，东方出版社1998年版。

爱德华·W.萨义德：《文化与帝国主义》，李琨译，三联书店2003年版。

爱德华·W.萨义德：《知识分子论》，单德兴译，陆建德校，三联书店2002年版。

森岛通夫：《日本为什么“成功”——西方的技术和日本的民族精神》，胡国成译，四川人民出版社1986年版。

四川省泸州市纳溪区人民法院：《泸州市纳溪区人民法院民事判决书》（编号：［2001］纳溪民初字第561号）。

四川省泸州市中级人民法院：《泸州市中级人民法院民事判决书》（编号：［2001］泸民一终字第621号）。

宋冰编：《程序、正义与现代化——外国法学家在华演讲录》，中国政法大学出版社1998年版。

苏力：《也许正在发生：转向中国的法学》，法律出版社2004年版。

苏力：《送法下乡——中国基层司法制度研究》，中国政法大学出版社2000年版。

苏力：《制度是如何形成的》，中山大学出版社1999年版。苏力：《阅读秩序》，山东教育出版社1999年版。苏力：《为什么“送法下乡”》，载《社会学研究》1998年第5期。

苏力：《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社1996年版。

孙渠：《续中国新分析派法学简述》（《法学季刊》第4卷第6期，1930年），载吴经熊、华懋生编：《法学文选》，中国政法大学出版社2003年版。

赫尔南多·德·索托：《资本的秘密》，王晓东译，江苏人民出版社2006年版。

尚晓宇：《杜崇烟代表：适用“谁主张谁举证”要结合国情》，载《检察日报》2006年3月10日，第002版。

申政武：《日本对外国法的移植及其对我国的启示》，载《中国法学》1993年第5期。田默迪：《东西方之间的法律哲学——吴经熊早期法律哲学思想之比较研究》，中国政法大学出版社2004年版。

乔纳森·H.特纳：《社会学理论的结构》，吴曲辉等译，浙江人民出版社1987年版。

万鄂湘编：《民商法理论与审判实务研究——全国法院第十五届学术讨论会获奖论文》，人民法院出版社2004年版。

王甘霖：《“社会公德”首成判案依据：“第三者”为何不能继承遗产》，载《南方周末》2001年11月1日，第5版。

王健：《超越东西方：法学家吴经熊》，载《比较法研究》1998年第2期。

王健编：《西法东渐— —外国人与中国法的近代变革》，中国政法大学出版社2001年版。

王铭铭：《他者的意义 ——论现代人类学的后现代性》，载赵汀阳编《现代性与中国》，广东教育出版社2000年版。王铭铭、

王斯福编：《乡土社会的秩序、公正与权威》，中国政法大学出版社1997年版。

维尔：《宪政与分权》，苏力译，三联书店1997年版。

维华：《法理学与近代法律变迁之趋向》（《南开大学周刊》第100期，1931年），载何勤华、李秀清编：《民国法学论文精萃》（基础法律篇），法律出版社2003年版。

维特根斯坦：《哲学研究》，李步楼译，陈维杭校，商务印书馆1996年版。

马克斯·韦伯：《经济与社会》（下卷），约翰内斯·温克尔曼整理，林荣远译，商务印书馆1997年版。

马克斯·韦伯：《经济与社会》（下卷），约翰内斯·温克尔曼整理，林荣远译，商务印书馆1997年版。

F.P.沃顿：《历史法学派与法律移植》，许章润译，载《比较法研究》2003年第1期。

吴经熊：《法律的基本概念》（《改造》第4卷第6期，1922年），载吴经熊：《法律哲学研究》，清华大学出版社2005年版。

吴经熊：《关于现今法学的几个观察》（《东方杂志》第31卷第1号，1934年），载吴经熊、华懋生编：《法学文选》，中国政法大学

出版社2003年版。

吴玉章：《读〈送法下乡〉》，载《读书》2003年第2期。

吴稚晖：《杂志界之希望》，载《太平洋》1927年第1卷第1号。

夏勇：《民本与民权——中国权利话语的历史基础》，载《中国社会科学》2004年第5期。

夏勇主编：《走向权利的时代》，中国政法大学出版社1995年版。

谢鹏程：《论法律的工具合理性与价值合理性：以法律移植为例》，载《法律科学》1996年第6期。

谢振民：《中华民国立法史》，中国政法大学出版社2000年。

萧邦承：《社会法律学派之形成及其发展》（《法轨》第2卷第1期，1934年），载何勤华、李秀清编：《民国法学论文精萃》（基础法律篇），法律出版社2003年版。

萧瀚：《解读〈送法下乡〉》，载《中国社会科学》2002年第3期。

萧志：《葫芦僧判断葫芦案现代版》，载《方圆》2003年第2期。

休谟：《人性的高贵与卑劣》，杨适等译，三联书店1998年版。

休谟：《人类理解研究》，关文运译，商务印书馆1982年版。

徐国栋：《民法典草案的基本结构》，载《法学研究》2000年第1期。

徐忠明：《案例、故事与明清时期的司法文化》，法律出版社2006年版。

徐忠明：《法学与文学之间》，中国政法大学出版社2000年版。

栩编辑：《反思：莫兆军案谁之错》，载《新快报》2003年8月3日，第 A11版。

许慎：《说文解字》，中华书局1963年版。

许章润：《以法律为业— —关于近代中国语境下的法律公民与法律理性的思考》，载《金陵法律评论》2003年第1期。

燕树棠：《自由与法律》（《清华学报》第9卷第1期，1934年），载何勤华、李秀清编：《民国法学论文精萃》（基础法律篇），法律出版社2003年版。

杨文丽：《法律移植与中国法制现代化》，载《北京理工大学学报》（社会科学版）2001年第4期。

特里·伊格尔顿：《历史中的政治、哲学、爱欲》，马海良译，中国社会科学出版社1999年版。

余亚莲、朱艳秀、郑碧容：《无罪法官回家养猪：莫兆军的悲剧结束了吗？》，载《新快报》2003年8月3日，第 A11版。

最高人民法院：《最高人民法院刑事判决书》（编号：［2003］刑提字第5号）。

最高人民法院：《最高人民法院关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（法释［2000］33号）。

最高人民法院：《人民法院五年改革纲要》，载《最高人民法院公报》1999年第6期。

张鼎昌：《比较法之研究》（《中华法学杂志》新1卷第9期，1937年），载何勤华、李秀清编：《民国法学论文精萃》（基础法律篇），法律出版社2003年版。

张君劢：《〈法律的基本概念〉之序言》（《改造》第4卷第6期，1922年），载吴经熊：《法律哲学研究》，清华大学出版社2005年版。

张君劢：《政法上的唯心主义》（《法学季刊》第1卷第5期，1923年），载吴经熊、华懋生编：《法学文选》，中国政法大学出版社2003年版。

张德美：《浅论法律移植的方式》，载《比较法研究》2003年第3期。

张文显主编：《法理学》，高等教育出版社1999年版。

张文显主编：《马克思主义法理学》，吉林大学出版社1993年版。

张玉书等编纂：《康熙字典》，王引之等校订，上海古籍出版社1996年版。

张芝梅：《〈送法下乡〉：一个读本》，载《中国社会科学》2002年第3期。

张志让：《十九世纪中世界法律上新旧两大主义之嬗替》，载《法律周刊》1924年第30期。

张志让：《借英国法中许多希奇有趣之点来阐明法律的性质》（法轨》第1卷第2期，1934年），载吴经熊、华懋生编：《法学文选》，中国政法大学出版社2003年版。

中国法律年鉴编辑部编辑：《中国法律年鉴》，法律出版社，1987—1999年。

赵晓力：《基层司法的反司法？——评苏力〈送法下乡〉》，载《社会学研究》2005年第2期。

赵之远：《法律观念之演进及其诠释》（《社会科学丛刊》第1卷第1期，1934年），载吴经熊、华懋生编：《法学文选》，中国政法大学出版社2003年版。

赵志毅、孙世刚：《论法律移植——法律意识角度的认识》，载《当代法学》2003年第1期。

祝庆祺、鲍书芸、潘文舫、何维楷编：《刑案汇览》（4册），北京古籍出版社2004年版。

朱伟一：《与大师对弈："德沃金法哲学思想国际研讨会"侧记》，载《科学决策》2002年第7期。

朱显祯：《德国历史法学派之学说及其批评》（《社会科学论丛》第1卷第10期，1929年），载何勤华、李秀清编：《民国法学论文精萃》（基础法律篇），法律出版社2003年版。

朱显祯：《法律解释论》（《社会科学论丛》第2卷第8、9期合刊［法律专号］，1930年），载吴经熊、华懋生编：《法学文选》，中国政法大学出版社2003年版。

朱怡庵：《法的本质》（《新兴文化》创刊号，1929年），载何勤华、李秀清编：《民国法学论文精萃》（基础法律篇），法律出版社2003年版。

朱元：《遗赠案三疑》，载《南方周末》2001年11月15日，第5版。

朱志达：《莫兆军案的价值》，载《厦门晚报》2004年7月3日，第6版。

外文

Aichele, Gary.1990. Legal Realism and Twentieth-Century American Jurisprudence. New York: Garland Publishing Inc..

Austin, John.1995. The Province of Jurisprudence Determined. edited by Wilfrid Rumble, New York: Cambridge University Press.

Austin, John.1885. Lectureson Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law.5th edition, revised and edited by Robert Campbell, London: John Murray.

Aust i n, Sara h.1885. " pre f a c e" , i n Jo hn Aust in, Lectures on Jurisprudenceor thePhilosophyofPositiveLaw.5th edition, revised and edited by Robert Campbell, London: John Murray.

Banks, Christopher, David Cohen, and John Green (eds.).2005. The Final Arbier: The Consequences of Bush v. Gore for Law and Politcs. Albany : State University of New York Press.

Barnes, Barry.1985.About Science. Oxford: Basil Blackwell Ltd..

Berman, Harold.1983. Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition. Cambridge: Harvard University Press.

Blackstone, William.1825. Commentaries on theLaws ofEngland,16th edition, London, I.

Bodenheimer, Edgar.1974. Jurisprudence: the Philosophy and Method of the Law. Cambridge: Harvard University Press.

B.ckenf.rde, Ernst.1991. State, Society and Liberty: Studiesin Poltical Theory and Constitutional Law. trans. J. A. Underwood, Oxford: Berg.

Cass, Ronald.2001. TheRule of Law in America. Baltimore: Johns Hopkins University Press.

Coleman, Jules, and Brian Leiter.1969,1999. "Legal Positivism", in A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory. edited by Dennis Patterson, Malden: Blackwell Publishers Inc..

Coquillette, Daniel R.1981. "Legal Ideology and Incorporation I-III". Boston University Law Review, vol.61.

Cotterrell, Roger.1992. The Sociology of Law: An Introduction.2nd edition, London: Butterworths.

Cootterrell,Roger.1989. The Politics of Jurisprudence: A Critical Introduction to Legal Philosophy. Philadelphia: University of Pennsylvania Press.

Curran, Vivian.2002. Comparative Law: An Introduction. Durham: Carolina Academic Press.

Curran, Vivian.1998. "Cultural Immersion, Difference and Categories in US. Comparative law". American Journal of Comparative Law, vol.46.

Dawson, John.1968. The Oracles of the Law. Ann Arbor: The University of Michigan Law School.

Dias, Reginald W.M.1976. Jurisprudence.4th edition, London: Butterworths & Co..

Dworkin, Ronald.1987. "Legal Theory and the Problem of Sense",

in Issues in Contemporary LegalPhilosophy: The Influence of H.L.A. Hart. edited by Ruth Gavison, Oxford: Clarendon Press.

Dworkin, Ronald.1986. Law's Empire. Cambridge: Harvard University Press.

Dworkin, Ronald.1977. Taking Rights Seriously. Cambridge: Harvard University Press.

Eagleton, Terry.1996. Illusions ofPostmodernism. Oxford: Bladwell Publishers.

Epstein, Richard A.1995. Simple Rules for a Complex world. Cambridge: Harvard University Press.

Foucault, Michel.1977. Language, Counter-Memory, Practice: Selected Essaysand Interviews. edited by Donald Bouchard, translated by Donald Bouchard and Sherry Simon, Oxford: Blackwell,1977.

Frank, Jerome.1949. Law and Modern Mind.6th edition, New York: Bretano's.

Frank, Jerome.1930.Law and Modern Mind. New York: Bretano's.

Friedman, Lawrence M.1975. The Legal System: A Social Science Perspective. New York: Russell Sage Foundation.

Gavison, Ruth.1987. "Comment", in Issues in Contemporary Legal Philosophy: TheInfluenceofH.L.A. Hart. edited by Ruth Gavison, Oxford: Clarendon Press.

Gavison, Ruth.1987. "Introduction", in Ruth Gavison (ed.), Issues in Contemporary Legal Philosophy: The Influence of H.L.A. Hart. edited by Ruth Gavison, Oxford: Clarendon Press.

Gavison, Ruth.(ed.).1987. Issuesin Contemporary Legal Philosophy: The Influence of H.L.A. Hart. Oxford: Clarendon Press.

Gordon, Robert.1998. "Some Critical Theories of Law and Their Critcs", in The Politics of Law: a Progressive Critique.3rd edition, edited by David Kairys, New York: Basic Books.

Gordon, Robert.1987. "Unfreezing Legal Reality: Critical Approaches to Law".Florida State University Law Review, vol.15.

Grey, Tomas.1990. "What Good is Legal Pragmatism", in Pragmatism in Law and Society. edited by Micharl Brint and William Weaver, Boulder: Westview Press Inc..

Groβfeld, Bernhard.1996. Kernfragen der Rechtsvergleichung. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck).

Hall, Stuart.1977. "Culture, the Media and Ideological Effect", in MassCommunication and Society. edited by James Curran, Michael Gurevitch, and Janet Woollacott, etc., London: Arnaold.

Harris, J.W.1980.Legal Philosophies. London: Butterworths & Co..

Hart, H.L.A.1961.The Concept of Law. Oxford: Clarendon Press.

Hart, H.L.A.1987. "Comment", in Issues in Contemporary Legal Philosophy: The Influence of H.L.A. Hart. edited by Ruth Gavison, Oxford: Clarendon Press.

Hixson, Walter.2002. "Black and White: The O.J. Simpson Case (1995)", in Annette Gordon -Reed (ed.), Race on Trial: Law and Justice in American History. New York : Oxford University Press.

Huchinson, Allan, and Patrick Monahan.1984. "Law, Politics and Critical Legal Scholars: the Unfolding Drama of American Legal Thought". Stanford Law Review, vol.36.

Hunt, Alan.1993. Exploration in Law and Society. New York: Routledge.

Israel, Jonathan.2001. RadicalEnlightenment: Philosophyand the Making of Modernity,1650-1750. Oxford: Oxford University Press.

John, Michael.1989. Politics and the Law in Late Nineteenth-Century: The Origin of the Civil Code. Oxford: Clarendon Press.

Kairys, David.1998. "Introduction", in The Politics of Law: a Progressive Critique.3rd edition, edited by David Kairys, New York: Basic

Books.

Kantorowicz, Hermann.1937. "Savigny and the Historical School of Law".The Law Quarterly Review, vol.53.

Kegel, Gerhard.1989. "Story and Savigny". AmericanJournal of Comparative Law, vol.37.

Kerruish, Valerie .1991. Jurisprudence as Ideology. Lo ndo n: Routledge.

Kirchheimer, Otto.1969. "The Rechtsstaat as Magic Wall", in Politics, Law and Social Change: Selected Essays of Otto Kirchheimer. Edited by Frederik Burin and Kurt Shell, New York: Columbia University Press.

Llewellyn, Karl.1951. The Bramble Bush: On Our Law and itsStudy. New York: Oceana Publication.

Llewellyn, Karl.1930. The Bramble Bush: Some Lectureson Law and its Study. New York: Columbia Law School.

Lloyd, Dennis.1981.Idea of Law. New York: Viking Penguin Inc..

Lyon, J.N.1974. "Law Reform Needs Reform". OsgoodeHal Law Journal, vol.12 .

MacCormick, Neil.1981. H.L.A.Hart.California: Stanford University Press.

Minda, Gary.1995. Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century’s End. New York: New York University Press.

Minow, Martha, and Elizabeth Spelman.1990. "In Context", in PragmatisminLawandSociety. edited by Micharl Brint and William Weaver, Boulder: Westview Press Inc..

Morishima, Michio.1982. WhyhasJapansucceeded?:Western TechnologyandtheJapaneseEthos. New York : Cambridge University Press.

Neumann, Franz.1986.TheRuleofLaw:PoliticalTheoryandtheLegal System in Modern Society. Berg Publishers Ltd..

Parsons, Talcott.1964. "Evolutionary Universals in Society". American Sociological Review, vol.29.

Patterson, Edwin.1953. Jurisprudence:ManandIdeasoftheLaw. Brooklyn: The Foundation Press, Inc..

Peller, Gray.1985. "Metaphysics of American Law". CaliforniaLaw Review, vol.73.

Popper, Karl.1957. TheOpenSocietyanditsEnemies. London: Routledge, vol.2.

Pound, Roscoe.1929.The Rejection of Liberalism. n.p..

Reimann, Mathias.1990. "Nineteenth Century German Legal Science".Boston College Law Review, vol.31.

Rottleuthner, Hubert.1984. "Legal Theory and Social Science", in The Theory of Legal Science. edited by Aleksander Peczenik, Lars Lindahl, and Bert van Roermund, Dordrecht: D. Reidel Publishing Company.

Savigny, Friedrich Karl von.1973. Vom Beruf Unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. in: Einf. von Hans Hattenhaue, Thibaut und Savigny : ihre programmatischen. Schrifte, Müchen : Vahlen.

Savigny, Friedrich Karl Von.1840-1949. System des heutigen r.ischen Rechts. Berlin: Veit und comp..

Seidman, Robert.1970. "Administrative Law and Legitimacy in Anglophonic Africa: A Problem in the Reception of Foreign Law". Law and Society Review, vol.5.

Shapiro, Lan (ed.).1994. TheRuleofLaw. New York: New York University Press.

Shklar, Judith.1987. "political Theory and the Rule of Law", in The Rule of Law: Ideal or Ideology. edited by Allan Hutchinson and Patrick Monahan, Toronto: Carswell.

Stein, Peter.1977. "Uses, Misuses and Nonuses of Comparative Law".Northwestern University Law Review, vol.72.

Sypnowich, Christine.1999. "Utopia and the Rule of Law", in Recrafting the Rule of Law: the limits of Legal Order. edited by David Dyzenhaus, Oxford: Hart Publishing.

[1] 福柯：《尼采、谱系学、历史》，王简译，载杜小真选编：《福柯集》，上海远东出版社1998年版，第152页。“Herkunft”一词的中文意思为“出身”。

[2] 本书研究中，作为定义，“法律知识”主要指关于法律现象的原理性质的认识和理解；具体而言，涉及法律现象的“是什么”“为什么”“做什么”的思想把握。关于法律知识的精确定义，尽管可作出各种描述和界定，但我指称的含义，总是大致存在。

[3] 参见李浩：《民事证明责任研究》，法律出版社2003年版，第23、82页。

[4] 参见李浩：《民事证明责任研究》，第63、67、83页。

[5] 就“历史”而言，作为辅助，且作为本文提到的学术知识生产的例子，作者的确从许多历史经验，特别是西方的历史经验中，进行归纳总结。参见李浩：《民事证明责任研究》，第1—12、38、39、83—84、112—128页。就“现实”而言，参见下文。

[6] 参见李浩：《民事证明责任研究》，第33、82页。

[7] 该案详情，参见《广东省高级人民法院终审裁定书》（编号：［2004］粤高法刑二终字第24号）。

[8] 参见《广东省高级人民法院终审裁定书》（编号：［2004］粤高法刑二终字第24号）。这里引用的不是原文，而是为本文叙述便利而进行修订的和原文一致的一个表述。

[9] 这里指《刑事诉讼法》第108条第1款规定：“任何单位和个人发现有犯罪事实或者犯罪嫌疑人，有权利也有义务向公安机关、人民检察院或者人民法院报案或者举报。”

[10] 参见《广东省高级人民法院终审裁定书》（编号：［2004］粤高法刑二终字第24号）。这里引用的也非原文，而是经过修订的与原文意思一致的表述。

[11] 关于莫兆军的“多年审判经验”，参见《广东省高级人民法院终审裁定书》（编号：［2004］粤高法刑二终字第24号）。此外，莫兆军是法院民庭副庭长。参见余亚莲、朱艳秀、郑碧容：《无罪法官回家养猪：莫兆军的悲剧结束了吗？》，载《新快报》2003年8月3日，第A11版。

[12] 例子，参见朱志达：《莫兆军案的价值》，载《厦门晚报》2004年7月3日，第6版；另见婵娟编辑：《莫兆军，为何你的命运总牵动着我们》，中国法院网《法治

论坛第八期电子杂志》2006年4月28日发布，其中许多网友都提出类似看法。

[13] 所以提到法条主义，因为，人们可争辩，《刑事诉讼法》第108条第1款规定中的“任何单位和个人”，未必包含了法院和法官；这条规定阅读起来，尤其是和其他条文相互对应地阅读，可发觉这里的“任何单位和个人”，似乎是指公安司法机构之外的“任何单位和个人”，至少，可这样理解。否则，我们也就可认为，如果“公安机关”发现了“犯罪事实”或“犯罪嫌疑人”，可向检察机关或法院“报案”或“举报”；如果“检察机关”发现了“犯罪事实”或“犯罪嫌疑人”，可向法院“报案”或“举报”。显然，这样理解非常古怪。法条主义主要主张，以明文的文字规定为根据最适宜。如果根据明文文字，“任何单位和个人”，当然包含了“法院和法官”。

[14] 当然，关于《刑事诉讼法》第108条第1款的规定，作为被告人的法官，是否在民事诉讼中的确属于“发现有犯罪事实或犯罪嫌疑人”，也是可争论的。仅依据民事诉讼中的被告宣称“对方涉嫌犯罪”，可能不能认为这就等于作为被告人的法官面对了“犯罪事实或犯罪嫌疑人”，因为，“犯罪事实或犯罪嫌疑人”的认定，需要一定证据，而民事诉讼中的被告并未提出证据。与此相对，关于《民事诉讼法》第64条的规定，众所周知，其中第2款规定，“当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据，或者人民法院认为审理案件需要的证据，人民法院应当调查收集”。作为被告人的法官，在审理民事案件中，遇到被告提出对方涉嫌犯罪，是否应当自行调查收集证据，也是可争论的。这位法官的确询问了当事人，但这也许不够。

[15] 所以在“在这个案件中”底下加上着重符号，因为，想表明在其他案件中未必如此。

[16] 双方另外提出的理由，参见《广东省高级人民法院终审裁定书》（编号：［2004］粤高法刑二终字第24号），及笔者的一篇论文归纳，刘星：《司法中的法律论证资源辨析：在“充分”上追问— —基于一份终审裁定书》，载《法制与社会发展》2005年第1期，第103—110页。

[17] 参见赖颢宁：《被告自杀法官受审追踪：法官称原审改判不算错案》，载《南方都市报》2003年4月26日，第A18版。类似担忧，参见李富金：《法官— —职业与风险同在》，载《法制日报》2003年12月11日，第11版。

[18] 参见《广东省高级人民法院终审裁定书》（编号：［2004］粤高法刑二终字第24号）。这里引用的也非原文，而是修订过的与原文意思一致的表述。

[19] 有的民庭法官，即表达了类似担忧。他们说：“对于我和我的同事而言，莫法官的入狱使我们很敏感，甚至很不安，因为我们也是民庭的法官。”见法治论坛网友

ZOSU：《谁来关注“莫兆军后遗症”》（2003年7月7日发布），中国法院网，http://www.chinacourt.org/public/detail.php?id=66704，2007年2月1日访问。

[20] 参见《广东省高级人民法院终审裁定书》（编号：［2004］粤高法刑二终字第24号）。引用的不是原文，是经过文字整理，与原文意思一致的表述。

[21] 有人也的确这样认为。例子，参见箫志：《葫芦僧判断葫芦案现代版》，载《方圆》2003年第2期，第10—16页。

[22] 这里用“包含了”的表述，意味着我不完全排除“强调法院审判效率”也包含了“为民服务”的意思，而“为民服务”，未必就一定是自由主义政治观的内容。

[23] 有人就指出过，应当且必须缓解群众对法院审判的不满，许多当事人上访，是因为证据不足的问题，而且自己没有举证能力。例子，参见尚晓宇：《杜崇烟代表：适用“谁主张谁举证”要结合国情》，载《检察日报》2006年3月10日，第002版。

[24] 参见《最高人民法院刑事判决书》（编号：［2003］刑提字第5号）。

[25] 关于这一众所周知的富有争议的案件，参见苏力：《也许正在发生：转向中国的法学》，法律出版社2004年版，第125—126页。

[26] 可参见《广州市中级人民法院刑事判决书》（编号：［2003］穗中法刑初字第134号）。

[27] 可参见Walter Hixson, “Black and White: The O.J. Simpson Case (1995)”, in Annette Gordon-Reed (ed.), Race on Trial: Law and Justice in American History. New York : Oxford University Press,2002。

[28] 可参见Christopher Banks, David Cohen, and John Green (eds.), The Final Arbier: The Consequences of Bush v. Gore for Law and Politcs. Albany : State University of New York Press,2005。

[29] 讨论这些案件的学者例子是人们熟知的。而关于“莫兆军案”，学者讨论的例子，参见栩编辑：《反思：莫兆军案谁之错》，载《新快报》2003年8月3日，第A11版。

[30] 李浩：《民事证明责任研究》，第33、81页。

[31] 李浩：《民事证明责任研究》，第8 0—83页。当然还有其他意义，笔者在这里没有全部列出。

[32] 李浩：《民事证明责任研究》，第26页。

[33] 李浩：《民事证明责任研究》，第86—87页。

[34] 在最近几年法院系统论文评选中，可看到大量例子。作为具体例子，可参见万鄂湘编：《民商法理论与审判实务研究— —全国法院第十五届学术讨论会获奖论文》，人民法院出版社2004年版。

[35] 在地方法院机关杂志所发表的法律实践者的作品中，经常可看到大量例子。

[36] 上面四点分析，对中国来说，在一个制度背景下可能更需注意。这个制度背景即20世纪90年代以来，最高人民法院在司法改革上要求各级法院在裁判文书中尽力充分论证裁判理由。参见最高人民法院：《人民法院五年改革纲要》，载《最高人民法院公报》1999年第6期，第186—187页。

[37] 这是就法律的一般情况而言的。因为，有时，尤其是在某些特别的历史条件下，人们仅需要权威性的人物，以解决这里的问题，而不需要"法律论证"。

[38] 参见Ronald Dworkin, Law's Empire. Cambridge: Harvard University Press, 1986, p. 90。

[39] Dworkin,Law's Empire, p. 90.

[40] Dworkin,Law's Empire, p. 90.

[41] Dworkin,Law'sEmpire, p. 90. 德沃金的这些思想，早在20世纪60年代即已初露端倪。参见Ronald Dworkin,Taking Rights Seriously. Cambridge: Harvard University Press, 1977, p. 69。

[42] 比如，卡多佐（ Benjamin Cardozo）和泰勒（Richard Taylor）的讨论。参见本杰明·卡多佐：《司法过程的性质》，苏力译，商务印书馆2003年版，第23—25页。另见Ri chard Taylor,"Law and Morality".New York University Law Review, 43 (1968), p. 626。

[43] 即Justice Gray。

[44] 可参见Dworkin,Law’s Empire, pp. 17-18, 123-124。

[45] 即Justice Earl。

[46] 参见Dworkin,Law’s Empire, 18-20, 123-124。

[47] 关于这一点，大量比较法和法律史研究，可深入作出说明。

[48] 参见Dworkin,Taking Rights Seriously, pp. 25-31。

[49] 参见Dworkin,Taking Rights Seriously, pp. 164-205。

[50] 参见Ruth Gavison, “Introduction”, in Ruth Gavison (ed.), Issues in Contemporary Legal Philosophy: The Influence of H.L.A. Hart. Oxford: Clarendon Press, 1987, pp. 1-5。当然，此前，西方学者已大致且不是很清晰地讨论过这个问题。参见Roger Cotterrell, The Politics of Jurisprudence: A Critical Introduction to Legal Philosophy. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, pp. 6-20, 223-230。

[51] 参见H.L.A. Hart, “Comment”, in Gavison (ed.), Issues in ContemporaryLegalPhilosophy: The Influence of H.L.A. Hart, pp. 37-39。

[52] Hart, “Comment”, p. 36.

[53] Hart, “Comment”, p. 37.

[54] 参见Ronald Dworkin, “Legal Theory and the Problem of Sense”, in Gavison (ed.), Issues in Contemporary Legal Philosophy: The Influence of H.L.A. Hart,pp. 9-20。

[55] Dworkin, “Legal Theory and the Problem of Sense”, p. 13.

[56] 参见Ruth Gavison, “Comment”, in Gavison (ed.), Issues in Contemporary Legal Philosophy: The Influence of H.L.A. Hart, pp. 21-34。

[57] Gavison, “Comment”, p. 27.

[58] 德沃金本人亦提到这个意思，参见Dworkin, “Legal Theory and the Problem of Sense”,p. 10。

[59] 1987年，出版了这次会议的论文集，即Ruth Gavison (ed.), Issues in Contemporary Legal Philosophy: The Influence of H.L.A. Hart. Oxford: Clarendon Press, 1987。另外，

许多学者后均加入争论，主要是批评德沃金的思想。

[60] 他在《法律的帝国》中讨论过“理论争论”（theoretical disagreement）的问题，认为在有争议的案件中，法官论证背后存在着一般性的“法律理论”。但他没有明确、清晰地将法学学术中的法律理论联系起来加以说明。见Dworkin,Law’s Empire, pp. 5, 16-20, 90。

[61] Richard A. Epstein, Simple Rulesfor a Complex world. Cambridge: Harvard University Press, 1995.

[62] 苏力：《送法下乡— —中国基层司法制度研究》，中国政法大学出版社2000年版。第六章和第七章的两个文本的讨论，尽管涉及文本本身分析讨论的法律知识的问题，但针对文本的讨论，实际上又是将其作为一种“法律知识的文本”加以对待的。这在提示，作为法律知识表达的“法律文本”，本身也是面对“理论中的法律知识”和“实践中的法律知识”的关系的追问的。

[63] 卡尔·马克思：《哲学的贫困》（1847年），载《马克思恩格斯全集》（第四卷），人民出版社1958年版，第121—122页。

[64] Pierre Bourdieu with Luc Boltanski, “Le fétichisme de la langue”, Actesde la recherché en sciences socials2: 101，转引华康德：《迈向社会实践理论：布迪厄社会学的结构和逻辑》，载皮埃尔·布迪厄等：《实践与反思》，李猛、李康译，中央编译出版社1998年版，第54页。

[65] 爱德华·W . 萨义德：《知识分子论》，单德兴译，陆建德校，三联书店2002年版，第62页。

[66] 本章分析的“法学知识”，指学术语境中的各类基本法学知识，主要者如法理学、宪法学、行政法学、刑法学、民法学，法律史学中的知识。

[67] 对于这点，因其数量多，或许不可能进行广泛统计，作出数字上的说明或大量例举。相反，似乎应寻找难以寻觅的没有使用“科学”语汇的对立面的例子，从反面说明，“科学”意识化修辞如何占据了法学知识语词使用的广泛领域。

[68] 参见陈兴良：《走向哲学的刑法学》，法律出版社1999年版，第17、56页。

[69] 参见陈景良：《新中国法学研究中的若干问题 ——立足于 1957—1966年的考察》，载《法学研究》1999年第3期，第120—121页。

[70] 目前中国法学中，多数文本常回避在法学知识细节上贯彻意识形态内容的指导。此为强调与“一般”相对的“个别”的重要性。关于这点，可参见《中国法律年鉴》（1987—1999，中国法律年鉴编辑部编辑，法律出版社）中有关法学各科发展概况的陈述，亦可参见《法学研究》《法学家》等法学刊物20世纪90年代以来发表的“各科法学研究综述”等文章。

[71] “法律现象”一词，在此用以指称法律制度、法律条文文字、法律活动、法律言说等广义的法律文本。

[72] 一般看，第二类向度学术策略，主要体现在中青年法学学者的学术文本中。

[73] 在此需说明，两者虽然具有相同之处，但因为前一种科学式的观念赞同某类意识形态的宏观影响，故其中“科学”一词，有时失去了前文所例举的诸种含义中的“中立”“知识分子独立精神”等要素。

[74] 关于“法律科学知识”的问题，需在此进一步说明。法学研究中，中国的相当一些法学学者，主要从“规范（或规则）研究”而非“经验研究”的角度使用“法律科学”一词。他们有时认为，法学专门研究“规范”（或规则）及“规范（或规则）相互关系”。但即使这类法学学者，其理论根基部分，也时常和“经验”判断存在密切联系。这意味着，其依然以作为实际存在的“法律现象”（如法律文字文本）作为思考对象。这一根基部分，与19世纪奥斯丁和20世纪凯尔森的观念十分接近，也可说，在学术渊源上主要来源于后两者思想。有关奥斯丁和凯尔森对“规范（或规则）研究分析”的强调，及这种强调以“经验观察”作为基础，可参见J ohn Austin, Lectureson Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law, 5th ed., rev. and ed. Robert Campbell, London: John Murray, 1885, vol. I, p. 1072；John Austin, The Province of Jurisprudence Determined, ed. Wilfrid Rumble, New York: Cambridge University Press, 1995, p. 112；凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，中国大百科全书出版社1996年版，《作者序》及第4页。当然，这种“法律科学知识”的观念，亦十分相信实证分析研究之后的“理论指导实践”，如奥斯丁提到，“通过对法律制度的分析，我们能够获得一个认识，即那些较为完善和成熟的制度，由于具有完善性和成熟性，富有卓越的指导意义”。见Aus tin, Lectureson Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law, vol. I, p. 1073。同时，这种观念也相信，经过实证分析研究，可发现现存法律现象的不足或弊端，从而开出适宜的“建设性”药方。

[75] 本章将法学知识分为“历时性”和“共时性”两类。前者可称“历时性法学”，后者可称“共时性法学”。这样分类，仅出于分析方便的缘故。后文对两者作出说明。当

然，这样分类，有著作已提过，参见张文显主编：《法理学》，高等教育出版社1999年版，第1页。

[76] 如深受西方哲学阐释学和后现代思潮影响的法学，已论及此提法。

[77] 一般看，人们习惯认为实践中的法律知识是“实践性”“经验累积性”的，为具体问题的解决而提出，故和法学知识存在显著区别。前者属于法律家，后者属于法学家。

[78] 当下中国各类法学知识，首先以法律、宪法、刑法、民法……诸概念作为基本前提，故分析这些概念的实践中运作状态，至关重要。此外，相关内容分析及论证，参见导论。

[79] 法学是否属于社会科学，意见分歧。在此，笔者采用一般性赞同意见，将前者归入后者。

[80] “科学主义”包含一种十分重要的“帝国主义”（或“沙文主义”）的意图，即用颇为类似近代及现代自然科学的实证研究范式来“广泛统治”法学研究。在已发表的一篇文章中，笔者大致分析过法理学中的“科学主义”的困境。参见刘星：《法理学的基本使命与作用——一个疑问和重述》，载《法学》2000年第2期，第4—6页。在本章中，笔者将讨论扩展至大多数法学，而不限于法理学。同时，笔者将在其他方面进一步深化这一主题。其目的，在于进一步论证“法学语境中反科学主义”这一立场观点的学理空间和意义。

[81] 严格说，一切可作为分析对象的“存在”都是历史意义上的存在，但在此笔者尊重时下法学语境中约定俗成的看法：一定时期之前存在的法律现象，是“法律史”的研究对象，而当下存在的法律现象，另当别论。有关一切可作为分析对象的“存在”都是历史意义上的观点，可参见克罗齐的著名论述。参见贝奈戴托·克罗齐：《历史学的理论和实际》，道格拉斯·安斯利英译，傅任敢汉译，商务印书馆1982年版，第1页以下。

[82] 最常见的例子是，讲述法律史的学术文本总会适时阐述共时性法学的基本理论设定，而讲述法理学、宪法学、刑法学、民法学等学科的学术文本，总会夹带历时性法学的“历史回顾”言述。如《清代民族立法研究》这一中国法律史文本，在讨论嘉庆二十年（1815年）编纂的《理藩院则例》是否为“法典”时，便提出“‘法典’都具有较强的稳定性、较大的普遍性、较高的概括性”这一共时性法学的基本理论。参见刘广安：《清代民族立法研究》，中国政法大学出版社1993年版，第13页。而《民法典草案的基本结构》这一民法学文本，在讨论中国民法典起草的理论问题时，回

顾了大量国外民法典制定的历史。参见徐国栋：《民法典草案的基本结构》，载《法学研究》2000年第1期，第37—55页。

[83] 参见祝庆祺、鲍书芸、潘文舫、何维楷编：《刑案汇览》（4册），北京古籍出版社2004年版。

[84] 例子，参见瞿同祖：《中国法律与中国社会》，商务印书馆1947年版。

[85] 如北京大学法律系法制史教研室编：《中国古代案例选》，山西人民出版社1981年版。

[86] 进行研究的较重要例子，参见徐忠明：《案例、故事与明清时期的司法文化》，法律出版社2006年版；徐忠明：《法学与文学之间》，中国政法大学出版社2000年版。

[87] 举例说明。当代中国法律史研究中，可发现大致存在两种研究模式：规范的研究和法律社会学的研究。前者特别强调《唐律》《大清律例》等文字章典的重要性。后者强调社会之中司法判决、纠纷调解、契约活动等法律实践活动的重要性。两者之间的分歧，不仅在一般性法律史的言述中，而且在历史法律个案的言述中，均存在。可发现，试图说明何者真正重要，非常困难。因为两者法律观念，如文字中的法律观念和行动中的法律观念，及在说明这些"法律文本"对社会法律运作整体的效果的结论上，是完全不同的，各自成为一类理论体系。不奇怪，各类"法律文本"之间的实践互动关系，十分复杂，从不同角度及不同方面加以切入，得出不同的"重要性"论断，将是十分自然的。

[88] 克罗齐说，对过去现象个体"选择的决定永远是从实际动机作出的，它归结为保存或忽视的活动。我们在这种保存或忽视中实现我们的活动，从这种保存或忽视中，后来就为事实捏造出一种客观性质，以致把它们说成是'有价值的事实'或'在历史上无价值的事实'，是'历史的'事实或'非历史的'事实"。参见克罗齐：《历史学的理论和实际》，第85页。

[89] "宪法""刑法""民法"等词汇，正如学界时常说明的，主要是经由日语词汇翻译而来的，且具有西学性质的法律分类词汇。对描述某些国家历史中的法律现象来说，它们基本没有问题。但对描述中国历史中的法律现象而言，它们可能存在较大问题。本章中，鉴于中国时下法学词汇术语已经如此，为叙述也为阅读方便，笔者将继续使用这些法学分类词汇作为描述工具，暂不论其对中国历史法律现象而言可能存在的问题。

[90] 显然，就日常语言使用而言，“普遍群体”这一概念，是地域性和阶段性的概念。故来自“普遍群体认可”的“权威”，也不免是地域性、阶段性的。

[91] 典型例子，参见阿奎那：《阿奎那政治著作选》，马清槐译，商务印书馆1982年版，第104页以下；另参见William Blackstone, Commentaries on the Laws of England, 16th ed,London, 1825, I: p. 41。

[92] 《说文解字》对“法”一词的解说，参见许慎：《说文解字》，中华书局1963年版，第202页。

[93] 《康熙字典》的解说，参见张玉书等编纂：《康熙字典》，王引之等校订，上海古籍出版社1996年版，第602页。

[94] 卡尔·贝克尔：《什么是历史事实？》，段涓译，宜兆鹏、张金言校，载张文杰等编译：《现代西方历史哲学译文集》，上海译文出版社1984年版，第231页。而有法学学者则指出，“准确说，任何人只不过了解世界上曾存在或现存的一些法律制度而已”。参见David Walker, The Oxford Companion to Law. New York: Oxford University Press, 1980, p.754。

[95] 克罗齐：《历史学的理论和实际》，第83页以下。

[96] 这里，再次联系前面阐述的第二方面，即为何某些事物现象被称为“法律的”这一方面，可觉察，即使历史证据的呈现已不是问题，我们依然面对以“法律”观念作为根据决定取舍的基本困境。

[97] 贝克尔：《什么是历史事实？》，载张文杰等编译：《现代西方历史哲学译文集》，第229页。

[98] 关于释义循环的问题，可参见D.C.霍埃：《批评的循环》，兰金仁译，辽宁人民出版社1987年版，《英文版前言》第9页。从事中国法律史及外国法律史研究的学者，鉴于某些法律正史资料的不甚可靠，进而常依赖其他一些非法律正史资料或一些“边缘”性文本，如野史记载、民间传说、文学作品、个人传记，与这些法律正史资料相互印证，以求历史中“真实”。其实，如果对释义循环理论有所了解，就会发觉这样的做法除了增加“自信”之外，恐怕依然不能解决“真实”问题。其他非法律正史资料和“边缘”性文本，如同法律正史资料一样，也存在是否可靠的问题，其也依赖后者的辅助说明。

[99] 此主要指以伽达默尔为代表的哲学阐述学的“前见”概念。参见汉斯-格奥尔格·伽达默尔：《真理与方法：哲学诠释学的基本特征》（下卷），洪汉鼎译，上海译文出版社1999年版，第347—348、378、506、626页。

[100] 这一道理浅显自明，但却容易被人们忽略、遗忘。关于这一问题的具体例子，可参见斯图尔特·麦考利：《新老法律现实主义：“今非昔比”》，范愉译，载《政法论坛》2006年第4期，第6 0 —61页。

[101] 法学学者例子，参见苏力：《制度是如何形成的》，中山大学出版社1999年版，第179页。

[102] 当然，这里不否认，个性化研究者对抗现存的学术范式和“游戏规则”的行动，有可能成为后者动摇和瓦解的因素之一。但此极为有限。后者动摇和瓦解，如果可出现，最终也依赖学术共同体中的某些“群体”的共同行动及其不断壮大。

[103] 严格说，阅读和观察与思考的关系，并非纯粹是单向的。思考有时也完全可成为阅读和观察的前提。换言之，没有思考及由此而来的困惑，也许没有进一步的阅读和观察。故这里用“一般看”来讨论阅读和观察是思考的前提条件。

[104] “学科规训”，在此指某类或某些学科知识对研习者的潜在驯服和制约。

[105] 当然，也可能出现这种情形：一些学者依赖其他学科如经济学知识，质疑一类法学知识。但此时质疑者，实际上是以“经济学化”的法学知识来质疑的。经济学知识，在此是法学思考的一类工具、学术武装，而非单纯的经济学问。单纯的经济学问，如果不融入法学思考的理路，无法进入法学语境。

[106] 这方面较典型的文本，可参见梁治平：《清代习惯法：社会与国家》，中国政法大学出版社1996年版。

[107] 晚近时期国外对这种“局外人”的法学立场的典型描述，及对其进行的当代辩护，可参见Gavison, “Comment”, pp. 21-34。另对这样一种实证主义姿态的全面描述，可参见Jul es Coleman and Brian Leiter, “Legal Positivism”, in A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory. ed. Dennis Patterson, Malden: Blackwell Publishers Inc., 1969, 1999. pp. 241-260。

[108] 孔德说，实证包含四个意思。其一是与虚幻相对的真实；其二是与无用相对的有用；其三是与犹豫相对的肯定；其四是与模糊相对的精确。参见奥古斯特·孔德：《论实证精神》，黄建华译，商务印书馆1996年版，第29—30页。关于西方现代实

证法律科学观念和孔德实证主义观念的关系，可参见Edgar Bodenheimer, Jurisprudence: the Philosophy and Method of the Law.Cambridge: Harvard University Press, 1974, pp. 91-95。当然，伯尔曼（Horald Berman）说，在12世纪的欧洲，已出现类似的实证法律科学。参见Harold Berman, Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition. Cambridge: Harvard University Press, 1983, pp. 152-154。也有人认为，在古罗马已有类似的法律科学。参见 Walker, The Oxford Companion to Law, p. 750。但就当代法学而言，实证的法律科学观念，与欧洲12世纪的实证法律科学及古罗马的法律科学的关系，并不密切。关于近代及现代（20世纪50年代以前）自然科学的实证精神与实证法学科学观念的关系，可参见Hube rt Rottleuthner, “Legal Theory and Social Science”, in The Theory of Legal Science. ed. Aleksander Peczenik, Lars Lindahl, and Bert van Roermund, Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1984, p.525。另可参见Dennis Lloyd, Idea of Law.New York: Viking Penguin Inc., 1981, pp. 105-108。还可参见Bodenheimer, Jurisprudence: the Philosophy and Method of the Law, p. 93。中国法学中的“科学”态度和西方法律科学观念的关系，较为复杂。一般看，近几十年出现的中国法学“科学”态度，既和西方的法律科学观念关系密切，也与苏联的一类意识形态内容指引下的科学观念具有联系（但联系不紧）。而苏联法学中的科学观念，撇开意识形态内容指引的问题，可发现，依然主要来自西方法律科学观念的言说。关于这点，参见C.C.阿列克谢耶夫，《法的一般理论》（上册），黄良平、丁文琪译，法律出版社1988年版，第1—5页。追根溯源，可认为，中国法学中的“科学”观念和孔德的实证主义及近现代自然科学的实证观念，存在学术源流关系。

[109] 应指出，笔者在后面的进一步分析，在一定程度上受德沃金早期法学理论的启发。其理论要点，参见Dworkin,Law’s Empire, pp. 1-44。

[110] 需注意，有时，人们可能认为除第二种陈述之外，其他陈述均表达了“自由裁量审判”的意思。这里，在“法律裁决”“依法裁决”之下加注强调符号，是排除“自由裁量审判”的意思。肯定可以发现，许多人甚至许多法律裁判机构，在用除第二种陈述之外的其他陈述表达的意思来表达自己意见时，并不认为是因为出现了“自由裁量审判”的需要。相反，他（它）们依然认为，这还是在从事“法律裁决”“依法裁决”，至少是在法律的框架之内。如在人人熟知的美国里格斯诉帕尔玛案中，法院使用了第一种陈述表达法律判决意见，同时，法院认为自己是在“依法裁决”。参见N. Y. 506, 22 N. E.188 (1889)。另需说明，笔者在这里提出的有关“依法裁决 ”的观念，是德沃金在其著作《认真地对待权利》里曾经讨论的。参见Dworkin,Taking Rights Seriously, pp. 14-45。

[111] 所以说有时含蓄表达，因为有些意见表述并不直接说明“法律是什么”，前面提到的“应注意法律专家的学理意见”这一表述，即为例子。其未直接称学理意见是法律的一部分，但在主张于法律纠纷中使用学理意见作为依据，并认为这样依然是依法裁决时，此表述在含蓄表达“学理意见是法律”。

[112] 前述例子中，我们完全可将其中“法律”一词转换为“宪法”“刑法”“民法”等具体法律的用词，从而具体说明在具体法律中的类似情形。

[113] 只要不断争论，这种持续展开便十分自然。而且，持续展开中表现出来的论说方向，也是多维度的。

[114] 这里另有一个重要问题需注意。有些学者认为，“法律”一词及其他法律词汇的含义，有“确定中心”和“模糊边缘”之分。参见H .L.A. Hart, The Concept of Law. Oxford:Clarendon Press, 1961, pp. 121-150；Bodenheimer, Jurisprudence: the Philosophy and Method of theLaw. p. 382。根据这种看法，一般而言，法律实践中，人们对“法律”一词会有基本一致的看法。由此，本文所说的“探讨性”使用，不过是“模糊边缘”的问题。但这一理论的立论极可能难以成立。因为，在法律实践“斗争”中，人们即使感觉存在一个一般性的“法律”概念，依然会基于自己的利益需求、道德立场、政治见解，在对立争议场景中赋予“法律”一词以不同意见；即便针对所谓的“确定中心”含义来说，也是如此。换言之，法律实践中，资源有限及价值观念的分歧，总会“破坏”、抹去、消灭所谓的“确定中心”和“模糊边缘”的界线，从而使人们无法断定，哪种含义属于“确定中心”，哪种含义属于“模糊边缘”。导论中讨论的美国里格斯诉帕尔玛案，其中法官的不同法律意见，即为很好例子。

[115] 最高人民法院（法释［2000］33号）。

[116] “科学式”共时性法学得以成立，首先依赖当下社会中“宪法”“刑法”“民法”……特别是一般意义的“法律”一词在含义上的统一使用。正如凯尔森所说，科学的法学理论的出发点，是日常生活中“法律”一词的通常使用。参见凯尔森：《法与国家的一般理论》，《序言》及第4页。

[117] 实际上，中国法学中，学者常“推销”并向他人灌输自己的法律诸概念，但中国的法律实践，依然呈现了使用法律概念的多样化景观。我们时常可看到法律实践者运用各类论证资源，在自己的“法律裁判”中，彰显法律的概念。当然，中国法律实践者一般不以直接提出自己的“法律诸概念”见解的方式，而是通过实践中的“法律”（而非“事实”）问题的争论，表现这一点。如当“婚内强奸”事实查清后，法律实践者会争论其中的刑法定性问题，并通过定性的争论，表现出对“刑法”——甚至其

他具体法如婚姻登记法— —基本概念和理论的不同见解。在国外，自然也有类似情形。美国法学学者指出，尽管美国著名法学家霍菲尔德（Wesl ey Hohfeld）对法律科学的一般基本概念进行了系统逻辑的分类，并对基本概念的含义作出了细致阐述，而且迫切希望法律实践家可以遵循这些概念的分析，但美国法院，在实践中，并没有尊重霍菲尔德的意见，倒是依然继续多元化地使用法律的基本概念。参见Bodenheimer, Jurisprudence: the Philosophy and Method of the Law. pp. 383-384。

[118] 这里所说“精确探讨”使用，不同于前面所说实践中出现的带有争议的“探讨性”使用。但两者之间存在密切联系。后文将作出说明。

[119] 参见维特根斯坦：《哲学研究》，李步楼译，陈维杭校，商务印书馆1996年版，第12页。

[120] 在此展开的有关一般原则和具体规则关系的“抽象论说”的假设，参考了德沃金的分析。参见Dworkin,Taking Rights Seriously, pp. 14-45。但德沃金理论的后续部分及目的，与本章分析不同。

[121] 参见Mic hel Foucault, Language, Counter-Memory, Practice: Selected Essays and Interviews. ed. Donald Bouchard, trans. Donald Bouchard and Sherry Simon, Oxford: Blackwell, 1977, p. 208。

[122] Valerie Kerruish,Jurisprudence as Ideology. London: Routledge, 1991, p. 2.

[123] 使用“可能”一词，因为即便自然科学中，亦有观点认为自然科学中产生的观念和结论时常并不以“实证”为基础或标准。参见卡尔·波普尔：《猜想与反驳— —科学知识的增长》，傅季重、纪树立、周昌忠、蒋戈为译，上海译文出版社1986年版，第318页以下；保罗·法伊尔阿本德：《反对方法：无政府主义知识论纲要》，周昌忠译，上海译文出版社1992年版，第7—11页。

[124] 自然科学如何对法学中的“科学观念”产生影响，是非常重要的问题。时常可发现，许多从事法学研究的学者，总以自然科学为楷模，甚至移用自然科学的知识，标榜或支撑自己的学术运作。但此另需探讨。

[125] 如美国学者博登海默（Edgar Bodenheimer）提出，各类法学理论的可贵之处，在于它们可成为法学大厦的建筑之石。参见Bodenheim er, Jurisprudence: the Philosophy and Method of the Law. p. 163。

[126] 笔者以为，将这种“法律真实”视为虚构的，并不过分。

[127] 在此，可能有人认为，笔者作出的分析具有“理论来源于实践”这一朴素说法的影子。对此，笔者不完全否认。但要强调，笔者作出的分析与“理论来源于实践”在许多重要方面是不同的。“理论来源于实践”，依然强调了理论研究者对实践活动及对实践中出现的“抽象论说”的观察、抽象和概括；而笔者的分析意图，正在于希望证明理论研究者的工作不过是以隐蔽方式从事实践中的“抽象论说”，是实践的一个组成部分。“理论来源于实践”，在分析理论与实践的关系时，既强调了两者联系，也坚持了两者区别。而笔者的阐述，既强调了两者联系，又淡化了两者区别，甚至将两者视为一个“事物进程”的“正面与背面”。故笔者的分析，虽然不排斥“理论来源于实践”这一语汇编织，但的确试图在其中输入新的意义和内涵，使其呈现出新的叙事空间和思路。另请详见本书导论中的分析。

[128] 这里提到“较为科学”，因为，一类承认自己不是绝对科学，但却相信自己是相对科学的法学知识，有可能借助“比较”一词，表明自己“相对而言较高”的合法性。

[129] 爱德华·W. 萨义德：《文化与帝国主义》，李琨译，三联书店2003年版，第1—2页。

[130] 参见民国时期蔡枢衡：《中国法学与法学教育》，载蔡枢衡：《中国法理自觉的发展》，清华大学出版社2005年版，第92—93、第98—99页。另参见当代中国学者李贵连：《二十世纪初期的中国法学（续）》，载《中外法学》1997年第5期，第3—22页；何勤华：《中国古代法学的死亡与再生— —关于中国法学近代化的一点思考》，载《法学研究》1 998年第2期，第13 4—143页；许章润：《以法律为业— —关于近代中国语境下的法律公民与法律理性的思考》，载《金陵法律评论》2003年第1期，第12—30页。

[131] 蔡枢衡认为，民国法学研究能力颇为堪忧。参见蔡枢衡：《中国法学与法学教育》，载蔡枢衡：《中国法理自觉的发展》，第87—101页。今天亦有学者如此认为，参见李贵连：《二十世纪初期的中国法学（续）》，第18页。在笔者看，针对某些民国法学著述而言，这种判断正确，但本文分析会表明，针对另外一些民国法学著述而言，这种判断可能有问题。

[132] 从近代到现代，这种“政治”上的关联意义，一直是人们理解中国法学的一个重要提示。

[133] 张志让：《借英国法中许多希奇有趣之点来阐明法律的性质》，载《法轨》第1卷第2期，1934年。

[134] 张志让：《借英国法中许多希奇有趣之点来阐明法律的性质》，载吴经熊、华懋生编：《法学文选》，中国政法大学出版社2003年版，第186—192页。

[135] 张志让：《借英国法中许多希奇有趣之点来阐明法律的性质》，载吴经熊、华懋生编：《法学文选》，第193页。

[136] 张志让：《借英国法中许多希奇有趣之点来阐明法律的性质》，第191页。

[137] 张志让：《借英国法中许多希奇有趣之点来阐明法律的性质》，第192页。

[138] 张志让：《借英国法中许多希奇有趣之点来阐明法律的性质》，第192页。

[139] 张志让：《借英国法中许多希奇有趣之点来阐明法律的性质》，第192页。

[140] 张志让：《借英国法中许多希奇有趣之点来阐明法律的性质》，第186页。

[141] 江镇三：《法律与正义》，载《法轨》创刊号，1933年。

[142] 参见江镇三：《法律与正义》，载何勤华、李秀清编：《民国法学论文精萃》（基础法律篇），法律出版社2003年版，第101—102页。

[143] 参见江镇三：《法律与正义》，载何勤华、李秀清编：《民国法学论文精萃》（基础法律篇），法律出版社2003年版，第101页。

[144] 维华：《法理学与近代法律变迁之趋向》（《南开大学周刊》第100期，1931年），载何勤华、李秀清编：《民国法学论文精萃》（基础法律篇），第218—219页。

[145] 陈启修：《护法及弄法之法理学的意义》（《北京大学月刊》第1卷第2号，1919年），载何勤华、李秀清编：《民国法学论文精萃》（基础法律篇），第230—231页。

[146] 孙渠：《续中国新分析派法学简述》（《法学季刊》第4卷第6期，1930年），载吴经熊、华懋生编：《法学文选》，第246页。

[147] 吴经熊：《法律的基本概念》，载《改造》第4卷第6期，1922年。

[148] 吴经熊：《法律的基本概念》，载吴经熊：《法律哲学研究》，清华大学出版社2005年版，第8页。

[149] 吴经熊：《法律的基本概念》，载吴经熊：《法律哲学研究》，清华大学出版社2005年版，第8页。

[150] 吴经熊：《法律的基本概念》，第8页。

[151] 吴经熊：《法律的基本概念》，第8页。

[152] 吴经熊：《法律的基本概念》，第8页。

[153] 吴经熊：《法律的基本概念》，第8页。

[154] 吴经熊：《法律的基本概念》，第8页。

[155] 吴经熊：《法律的基本概念》，第8页。

[156] 吴经熊：《法律的基本概念》，第8页。

[157] 吴经熊自己亦提到“名实”问题，参见吴经熊：《法律的基本概念》，第8页。

[158] 张君劢：《政法上的唯心主义》，载《法学季刊》第1卷第5期，1923年。

[159] 张君劢：《政法上的唯心主义》，载吴经熊、华懋生编：《法学文选》，第184页。

[160] 参见张君劢：《政法上的唯心主义》，第184页。

[161] 朱显祯：《法律解释论》，载《社会科学论丛》第2卷第8、9期合刊（法律专号），1930年。

[162] 朱显祯：《法律解释论》，载吴经熊、华懋生编：《法学文选》，第69页。

[163] 详见朱显祯：《法律解释论》，第69页。

[164] 这里仅指“观点”，并不包含“学理论证”。对“法律是正义的体现”“法律是强者的利益表达”“法律由习惯演变而来”及其他各种“观点”，我们均能发现人们是在不断“重复”它们。但“学理论证”可多种多样，并不重复。针对同一“观点”，可提供不同学理论证思路。

[165] 李晋：《法律与道德》，载《言治》第1期，1913年。

[166] 李晋：《法律与道德》，载何勤华、李秀清编：《民国法学论文精萃》（基础法律篇），第92页。

[167] 李晋：《法律与道德》，第94页。

[168] 李晋：《法律与道德》，第95页。

[169] 李晋：《法律与道德》，第90页。

[170] 详见李晋：《法律与道德》，第90-96页。

[171] 吴经熊：《关于现今法学的几个观察》，载《东方杂志》第31卷第1号，1934年。

[172] 丘汉平：《法律之语源》，载《法学杂志》第5卷第2期，1931年。

[173] 黄右昌：《现代法律的分类之我见》，载《中华法学杂志》第2卷第8期，1931年。

[174] 燕树棠：《自由与法律》，载《清华学报》第9卷第1期，1934年。

[175] 参见吴经熊：《关于现今法学的几个观察》，载吴经熊、华懋生编：《法学文选》，第87—110页。

[176] 参见丘汉平：《法律之语源》，载《丘汉平法学文集》，洪佳期译，中国政法大学出版社2004年版，第26—31页。

[177] 黄右昌：《现代法律的分类之我见》，载何勤华、李秀清编：《民国法学论文精萃》（基础法律篇），第416页。

[178] 参见黄右昌：《现代法律的分类之我见》，第397—417页。

[179] 燕树棠：《自由与法律》，载何勤华、李秀清编：《民国法学论文精萃》（基础法律篇），第87页。

[180] 燕树棠：《自由与法律》，第77—87页。

[181] 李晋：《法律与道德》，第93页。

[182] 目前，法学界已逐步指出，某些其他地域如西方所具有的法律基本观念，除修辞表述的差异外，非常类似。具体例子，可参见夏勇关于“权利观念”的分析，参见夏勇：《民本与民权— —中国权利话语的历史基础》，载《中国社会科学》2004年第5期，第4—23页。

[183] 因为，尽管中国存在多种“地方”，外国亦存在多种“地方”，但中国和外国之间首先便可构成一种“多个地方”的关系。

[184] 在这个意义上，针对近现代以来的中国法律文化而言，很难使用“这纯粹是中国的”“这纯粹是外国的”之类的表述。近现代以来中国地域里的法律文化，实际上是一个不断自我生产的“既中国又外国”的复杂变动体。

[185] 吴稚晖：《杂志界之希望》，载《太平洋》第1卷第1号，1927年。当时《太平洋》法律文章主要撰稿人是燕树棠、周鲠生、杨端六等。这是吴稚晖对撰稿人的一个描述。

[186] 参见吴经熊、华懋生：《法学文选序》，载吴经熊、华懋生编：《法学文选》，中国政法大学出版社2003年版，第1页。

[187] 丁元普：《法学思潮之展望》（《法轨》第1卷第2期，1934年），载何勤华、李秀清编：《民国法学论文精萃》（基础法律篇），第451页。

[188] 陈启修：《护法及弄法之法理学的意义》，第230页。

[189] 参见张志让：《借英国法中许多希奇有趣之点来阐明法律的性质》，第187—188页。

[190] 张志让另专门撰文分析西方法学的理论，如《新旧各派法律学说之一览》（《法律周刊》第26期，1923年）和《社会法学派之起源主义及批评》（《法律周刊》第28、29期，1924年）。

[191] 吴经熊：《法律的基本概念》，第7页。

[192] 吴经熊：《法律的基本概念》，第7页。

[193] 吴经熊：《法律的基本概念》，第7页。

[194] 吴经熊：《法律的基本概念》，第8页。

[195] 张君劢：《〈法律的基本概念〉之序言》（《改造》第4卷第6期，1922年），载吴经熊：《法律哲学研究》，第4页。

[196] 高维廉：《中国法学思想之国际地位》（《法学季刊》第4卷第3期，1930年），载何勤华、李秀清编：《民国法学论文精萃》（基础法律篇），第277页。当然，吴经熊本人有时十分推崇霍姆斯的思想。但表现出来的推崇是一个问题，实际的学术运作是另一问题。就后者来说，吴实际上还是有如本文所分析的，很有世界学术成员意识。

[197] 费青：《法律不容不知之原则》，载《法学季刊》第4卷第2期，1929年。

[198] 费青：《法律不容不知之原则》，载何勤华、李秀清编：《民国法学论文精萃》（基础法律篇），第2 09 —215页。

[199] 费青：《法律不容不知之原则》，第216页。

[200] 费青：《法律不容不知之原则》，第216页。

[201] 阮毅成：《从"法"说到"宪法"》，载《时代公论》第87、89号，1933年。

[202] 阮毅成：《从"法"说到"宪法"》，载何勤华、李秀清编：《民国法学论文精萃》（宪法法律篇），法律出版社2002年版，第2—3页。

[203] 阮毅成：《从"法"说到"宪法"》，载何勤华、李秀清编：《民国法学论文精萃》（宪法法律篇），第3—4页。

[204] 朱怡庵：《法的本质》，载《新兴文化》创刊号，1929年。

[205] 朱怡庵：《法的本质》，载何勤华、李秀清编：《民国法学论文精萃》（基础法律篇），第3 9—43页。

[206] 萧邦承：《社会法律学派之形成及其发展》，载《法轨》第2卷第1期，1934年。

[207] 参见萧邦承：《社会法律学派之形成及其发展》，载何勤华、李秀清编：《民国法学论文精萃》（基础法律篇），第5 46—563页。

[208] 燕树棠：《自由与法律》，第87—88页。

[209] 燕树棠：《自由与法律》，第83页。

[210] 参见燕树棠：《自由与法律》，第8 3—84页。

[211] 波洛克、戴雪和梅特兰是19世纪末20世纪初英国活跃的学术人物，但显然并未形成一种与梅因类似的学术霸权。

[212] 下文括号内法学著述斜体外文为“著作”，正体外文为“论文”。

[213] 燕树棠：《自由与法律》，第87页。

[214] 黄右昌：《现代法律的分类之我见》，第399 —400、409页。

[215] 朱显祯：《德国历史法学派之学说及其批评》，载《社会科学论丛》第1卷第10期，1929年。

[216] 参见朱显祯：《德国历史法学派之学说及其批评》，载何勤华、李秀清编：《民国法学论文精萃》（基础法律篇），第587、589页。

[217] 详见吴经熊：《关于现今法学的几个观察》，第92—93页。

[218] 张鼎昌：《比较法之研究》，载《中华法学杂志》新1卷第9期，1937年。

[219] 参见张鼎昌：《比较法之研究》，载何勤华、李秀清编：《民国法学论文精萃》（基础法律篇），第426、434页。

[220] 赵之远：《法律观念之演进及其诠释》，载《社会科学丛刊》第1卷第1期，1934年。

[221] 参见赵之远：《法律观念之演进及其诠释》，载吴经熊、华懋生编：《法学文选》，第297、298、303、306、308、309页。

[222] 梅汝璈的提法，参见《时事月报》，1933年8月，“专文栏”，第103页。参见吴经熊：《关于现今法学的几个观察》，载吴经熊、华懋生编：《法学文选》，第88页注释。吴经熊的提法，参见吴经熊：《关于现今法学的几个观察》，第88-90页。庞德的提法，参见Roscoe Pound,The Rejection of Liberalism. n.p., 1929, pp. 229-247。

[223] 吴经熊：《关于现今法学的几个观察》，第108页。

[224] 参见前面一章。

[225] 参见张志让：《十九世纪中世界法律上新旧两大主义之嬗替》，载《法律周刊》第30期，1924年。

[226] 前四篇文章分别见《法律周刊》第12、13、16、17期，1923年；最后一篇见《宪法论丛》第1卷，1924年。

[227] 参见《法轨》第2卷第1期，1935年。

[228] 参见李贵连、孙家红、李启成、俞江编：《百年法学——北京大学法学院院史（1904—2004）》，北京大学出版社2004年版，第84—85、209页。

[229] 前一本书，上海：华通书局，1932年；后一本书，上海：政法学院，1931年。

[230] 《社会科学季刊》第5卷第1、2期，1929年。

[231] 北平：中华书局，1928年。

[232] 北平：北大法律研究社，1929年。

[233] 第一篇参见《社会科学季刊》第5卷第1、2期，1929年；后三篇分别参见《中华法学杂志》第2卷第11期（1931年）、新1卷第4期（1936年）、新1卷第9期（1937年）。

[234] 第一本书，上海：商务印书馆，1947年；第二本书，上海：锦章图书局，1915年；第三本书，北京：北京大学，1920年。

[235] 参见李贵连、孙家红、李启成、俞江编：《百年法学——北京大学法学院院史（1904—2004）》，第85页。

[236] 分别参见《武汉大学社会科学季刊》第1卷第1期，1930年；《清华周刊》第38卷第7、8期，1932年。

[237] 第一篇著述参见《独立评论》第60期，1933年。其他著述刊参见《北大社会科学季刊》，刊载情况参见李贵连、孙家红、李启成、俞江编：《百年法学——北京大学法学院院史（1904—2004）》，第134页。

[238] 参见李贵连、孙家红、李启成、俞江编：《百年法学——北京大学法学院院史（1904—2004）》，第170、172、175页。

[239] 上海：商务印书馆，1937年。

[240] 《法学季刊》第4卷第7、8期，1931年。

[241] 《法学杂志》第6卷第2期，1932年。

[242] 如费青发表过《国际私法上反致原则之肯定论》，载《国立北京大学五十周年纪念论文集》，参见李贵连、孙家红、李启成、俞江编：《百年法学 ——北京大学法学院院史（1904—2004）》，第202页。吴经熊曾编（郭卫增订）：《中华民国六法理由判解汇编·民法》，上海：会文堂新记书局，1947年。关于这些学者数量可观的其他具体法律制度著述，另可参见北京图书馆编：《民国时期总书目·法律》，书目文献出版社1990年版。

[243] 参见李贵连、孙家红、李启成、俞江编：《百年法学— —北京大学法学院院史（1904—2004）》，第146页。

[244] 参见中共临澧县委宣传部：ht tp://www.linli.cn/llxx/news/view.asp?NewsID=5&classID=5，2004年10月7日。

[245] 参见王健：《超越东西方：法学家吴经熊》，载《比较法研究》1998年第2期，第218页。

[246] 参见田默迪：《东西方之间的法律哲学— —吴经熊早期法律哲学思想之比较研究》，中国政法大学出版社2004年版，第79页。

[247] 参见康雅信：《培养中国的近代法律家：东吴大学法学院》，王健译，贺卫方校，载贺卫方编：《中国法律教育之路》，中国政法大学出版社1997年版，第272页。

[248] 参见谢振民：《中华民国立法史》，中国政法大学出版社2000年版，第906—907页。

[249] 参见李贵连、孙家红、李启成、俞江编：《百年法学— —北京大学法学院院史（1904—2004）》，第147页。

[250] 丘汉平：《〈历代刑法志〉自序》（1938年），载丘汉平：《丘汉平法学文集》，第101页。

[251] 参见康雅信：《培养中国的近代法律家：东吴大学法学院》，王健译，贺卫方校，载贺卫方编：《中国法律教育之路》，第292页。

[252] 参见《现代评论》第3卷第74期，1926年。

[253] 费青：《皮尔逊强奸案翻案事答问》，载《观察周刊》第3卷第3期，1947年。

[254] 参见费青：《皮尔逊强奸案翻案事答问》，载《观察周刊》第3卷第3期，1947年。

[255] 参见《北京大学半月刊》1948年6月，阅李贵连、孙家红、李启成、俞江编：《百年法学——北京大学法学院院史（1904—2004）》，第200页。另外，美国学者康雅信亦曾提到，其时东吴大学法学院的许多老师“时常参与全国性的重大事务的讨论”。参见康雅信：《培养中国的近代法律家：东吴大学法学院》，第292页。

[256] 参见林庆元：《林则徐评传》，南京大学出版社2000年版，第246-249页。

[257] 参见康雅信：《培养中国的近代法律家：东吴大学法学院》，第261页。

[258] 关于“三民主义观点”，可参见丘汉平：《从西半球的法学说到三民主义的法理学》（《东方杂志》第32卷第1号，1935年），载丘汉平：《丘汉平法学文集》，第2 60—265页。

[259] 可参见北京图书馆编：《民国时期总书目·法律》。何勤华教授提到，民国时期法律著述达5500余种。参见何勤华：《中国古代法学的死亡与再生——关于中国法学近代化的一点思考》，第143页。

[260] 参见郝铁川：《中国近代法学留学生与法制近代化》，载《法学研究》1997年第6期，第3—25页。

[261] 参见田默迪：《东西方之间的法律哲学——吴经熊早期法律哲学思想之比较研究》，第208页以下。

[262] 有的法学刊物，则直接表达了“多种法律原理理解的相互参考”的宗旨。如前文提到的英文法律期刊《中华法学杂志》就曾提出办刊思想：应广泛扩展法律原理的知识，使各国法律原理相互发明。参见康雅信：《培养中国的近代法律家：东吴大学法学院》，第269—270页。

[263] 萨维尼在19世纪亦担任过普鲁士立法大臣，且根据某些学者考察，萨维尼及其重要法学教授朋友，不仅希望法律科学推动当时德国法律实践，而且曾多次亲自参与当时德国法院法令的起草工作。参见John Dawson, The Oracles of the Law. Ann Arbor: The University ofMichigan Law School, 1968, p. 456。

[264] 1841年，法国学者弗利克斯（Johann J.C. Foelix）到德国学习，1843年出版法文法学著述并时而评论甚至批评萨维尼的理论。当时已成为重要法学权威的萨维尼，阅读了这部著述的第二版内容并有回应。1 841年，美国学者斯托里（Jo sef Story）出版英文法学著述的第二版。萨维尼阅读了这版英文原著，并给予分析讨论。在撰写《当代罗马法体系》时，萨维尼另参考当时意大利学者罗科（Niccola Rocco）和英国学者伯奇（Wi lliam Burge）的学术著述。参见Ge rhard Kegel, “Story and Savigny”. American Journal of Comparative Law, 37 (1989), pp. 40-43。

[265] 参见Hermann Kantorowicz, “Savigny and the Historical School of Law”. The Law Quarterly Review, 53 (1937), pp. 326-343。

[266] 奥斯丁曾对德国抽象化的思考不以为然，他说，“我极为看重德国学者著作，至为尊重德国学术界，但不能欣赏，而只能原谅德国哲学的嗜好，此嗜好晦涩、神秘和抽象”。参见Aust in, Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law, vol. I, p. 325。对萨维尼的《小册子》和论文《论占有权》的评论，见Jo hn Austin, Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law, vol. 2, pp. 666-667; vol. I, p. 53。

[267] 参见 Sarah Austin, “preface”, in Austin, Lectureson Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law, vol. I, p. 4。

[268] 这在近现代中国十分明显，如我们首先易想到张之洞、康有为甚至孙中山等。

[269] 萨义德：《知识分子论》，第3页。

[270] 本章所说西方法学理论，主要指西方法理学理论。

[271] 孟德斯鸠：《法意》，严复译，上海：商务印书馆，1904—1909年。

[272] 有关信息参见王健编：《西法东渐——外国人与中国法的近代变革》，中国政法大学出版社2001年版，第61—89页，特别是第74—77页。

[273] 一个例子可参见宋冰编：《程序、正义与现代化——外国法学家在华演讲录》，中国政法大学出版社1998年版。

[274] 北京：中国社会科学出版社，1999年。

[275] “进入有限”的原因很多，如即使掌握外语、但依旧不易直接读到原版著述，不易出国研修，图书提供有限。

[276] 众所周知，其学说重要部分即为权利理论。

[277] 德沃金来华讲学情况，可参见中国各主要学术网站所刊登的消息。另见朱伟一：《与大师对弈："德沃金法哲学思想国际研讨会"侧记》，载《科学决策》2002年第7期，第3 —9页。

[278] 我们常可听到中国读者抱怨，对翻译过来的外国法学著述"无法读懂"。

[279] 20世纪90年代中期以前中国学者的"评介"论著，主要属这种情况。

[280] 作为一个例子，可参见刘星：《法律是什么— —二十世纪英美法理学批判阅读》，中国政法大学出版社1998年版。

[281] 自然，前种和后种形式有时也不易分清。

[282] 所以如此限定，因为，严格说，20世纪80年代后，即改革开放后，当代中国法学视野中的西方法学理论才开始较全面进入中国。这与20世纪初期大规模的西方法学翻译，形成有意思的对比。

[283] 参见汉斯-格奥尔格·伽达默尔：《真理与方法：哲学诠释学的基本特征》（下卷），第380页。

[284] 在20世纪80年代以前的中国法学界，现实主义法学已为人知晓。这里主要指20世纪80年代初期后中国学者对现实主义法学的重新了解。

[285] 批判法学的某些重要文本本身亦承认这点，例子参见Robert Gordon, "Unfreezing Legal Reality: Critical Approaches to Law".Florida State University Law Review, 15 (1987), p. 197。

[286] 现实主义法学此观点的例子，参见Karl Llewellyn, The Bramble Bush: Some Lectures on Law and its Study.New York: Columbia Law School, 1930, p. 3。

[287] 此观点例子，参见Jerome Frank, Law and Modern Mind. New York: Bretano's, 1930, pp. 183-199。

[288] 卢埃林认为自己的观点最多是对事实的部分描述。参见Karl Llewellyn, The Bramble Bush: On Our Law and its Study. New York: Oceana Publication, 1951, preface, p. 9。弗兰克则认为自己观点较偏颇。见Jerome Frank, Law and Modern Mind. 6th ed., New York: Bretano's, 1949,preface, p. 8。

[289] 批判法学的观点例子，可见Gray Peller, “Metaphysics of American Law”. California Law Review,73 (1985)；Allan Huchinson and Patrick Monahan, “Law, Politics and Critical Legal Scholars: the Unfolding Drama of American Legal Thought”.Stanford Law Review,36 (1984)。

[290] 参见David Kairys, “Introduction”, in The Politics of Law: a Progressive Critique. 3rd ed., ed.,David Kairys, New York: Basic Books, 1998, pp. 1-23；Robert Gordon, “Some Critical Theories of Law and Their Critcs”, inThe Politics of Law. 3rd ed., ed., David Kairys, pp. 641-661。

[291] 参见Gary Aichele, Legal Realism and Twentieth-Century American Jurisprudence. New York: Garland Publishing Inc., 1990, pp. 51-73。

[292] 可注意中国学者对批判法学“法律的不确定性”观点的评介。自20世纪80年代后期起，国内一些学者逐渐在《比较法研究》《外国法译评》（现为《环球法律评论》）《中国法学》等刊物上，发表讨论批判法学的论文。这些评介，相对讲，在“法律的不确定性”这个问题上可能较简化，因为，未更深入联系现实主义法学的理论，及其他一些后来产生的支持“法律的不确定性”观点的理论，阐述相关问题。

[293] 随后结构主义语言学的发展，批判法学在支持“法律的不确定性”观点上获得重要理论武器，且其理论在社会法律实践中亦能引人深思。参见刘星：《西方法学中的“解构”运动》，载《中外法学》2001年第5期，第5 30—553页。

[294] 有时可发现，中国的“建构”文本参考了西方相关的“评介”文本，见其注释。

[295] 本文第三节，将说明为何可获得中国式的读者理解。

[296] 从事现代当代西方法学理论教学的人，均会遇到或由学者或由学生提出的此类疑问。

[297] 如前面一章提到的民国时期学者朱显祯撰写的《德国历史法学派之学说及其批判》（可参阅何勤华、李秀清编：《民国法学论文精萃》（基础法律篇），第579—592页）一文。这篇论文中，作者的评价讨论，即表现极强烈的对话意识。另可注意，20世纪50年代以来的中国学者亦有如此对话意识，只是20世纪50年代至20世纪80年代初期（除“文革”时期），这种对话意识通过著述，更突出表现为“政治正确”的批判、揭露。当然，著述“题目”中所包含的“批判”“分析”之类的用语，已表明著述的部分叙事目的。

[298] 中国法学学者，几乎都知道庞德的理论非常“兼容并蓄”，其试图将各种法学流派的学说尽力统一在自己的学说中。故称“稳健”。

[299] 又如，在中国大百科全书出版社出版的《外国法律文库》丛书中，可发现被聘为“文库顾问”的外国学者。

[300] 因为，实际上很难断定哪些想象是准确真实的，哪些不是。

[301] 在中国学者“评介”的正文和注释中，可发现许多这样的例子。最典型“教科书”恐怕即为如下几本： Edgar Bodenheimer, Jurisprudence: the Philosophy and Method of the Law. Cambridge: Harvard University Press, 1974; Edwin Patterson, Jurisprudence: Man and Ideas of the Law. Brooklyn: The Foundation Press, Inc., 1953; J.W. Harris, Legal Philosophies. London: Butterworths & Co., 1980; Reginald W.M. Dias, Jurisprudence. 4th ed., London: Butterworths& Co., 1976。最典型的辞书可能是： Dav id Walker, TheOxford Companion to Law. Oxford: Clarendon Press, 1980;Encyclopedia Britannica。

[302] 以哈特、麦考密克、拉兹20世纪70年代后撰述的实证法学著述为例，这些著述中，我们几乎无法发现有关马利旦一类的新神学自然法学的任何语词。

[303] 就批判法学而言，德沃金在自己重要著作中只是非常轻描淡写地提到此学派，参见 Dworkin,Law’s Empire,pp. 271-274。即使在其他著述中，德沃金亦是这种态度。

[304] 此时期有关法律经济学的介绍及运用法律经济学的理论分析中国法律、法学问题的文献，较可观，已非举例可说明，虽然今天依然如此。

[305] 关于这些理论与法律经济学理论如何具有同时性，参见Gary Minda, Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century’sEnd. New York: New York University Press,1995, pp. 83, 106, 128, 149, 167。

[306] 哈特：《法律的概念》，张文显、郑成良、杜景义、宋金娜译，中国大百科全书出版社1996年版。 2 参见Dworkin,Taking Rights Seriously, pp. 14-45。

[307] 参见Neil MacCormick, H.L.A. Hart. California: Stanford University Press, 1981, pp. 21-28；Gavison, “Comment”, pp. 27-28。

[308] 参见Hart, The Concept of Law,pp. 77-96。这一部分为该书第五章。其实，哈特在本书其他各章，均分散讨论过此关键问题。

[309] 当然，就“不得违约”这样的义务规则本身而言，其也存在“内在观点”问题，即其中包含“你应当、我应当、他应当如何……否则即是错误的”修辞含义。但这是分析一般规则和内在观点的依存关系的问题。参见Hart,The Concept of Law, pp. 77-96。

[310] 其实，这个意义上，可理解为何20世纪以前或早期相当一些西方法学理论在中国法学中易获得“理解动力”。因为，中国已具备的法学知识背景与这些理论的知识背景的差异，并不严重。

[311] 如林仁栋：《论法的原则》，载《上海社会科学院学术季刊》1987年第1期；车传波：《论立法精神与法律原则在司法实践中的应用》，载《当代法学》1994年第4期；董灵：《公序良俗原则与法制现代化》，载《法律科学》1994年第5期。笔者的讨论，参见本书导论。

[312] 如马新福：《论法原则》，载《政法丛刊》1992年第2期；宁乃如：《市场经济呼唤平等权：试论公民在法律面前一律平等》，载《法学研究》1993年第4期。

[313] 人们更多认为法律包含法律概念、法律规则、法律原则等，并将其视为法律要素。后来法学教材基本上均如此撰写。

[314] 一个例子可参见张文显主编：《马克思主义法理学》，吉林大学出版社1993年版，第172页。

[315] 介绍例子可注意克利福德·吉尔兹的《地方性知识：事实与法律的比较透视》，邓正来译，载梁治平编：《法律的文化解释》，三联书店1994年版。

[316] 作为与法学十分接近的例子，可注意王铭铭、王斯福编：《乡土社会的秩序、公正与权威》，中国政法大学出版社1997年版；苏力：《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社1996年版；梁治平：《清代习惯法：社会与国家》；苏力：《为什么“送法下乡”》，载《社会学研究》1998年第5期；强世功：《乡村社会的司法实践：知识、权力与技术》，载《战略与管理》1997年第4期，等等。

[317] Kantorowicz, “Savigny and the Historical School of Law”, pp. 236, 334.

[318] Barry Barnes,About Science. Oxford: Basil Blackwell Ltd., 1985, p. 113.

[319] Lawrence M. Friedman, The Legal System: A Social Science Perspective. New York: Russell Sage Foundation, 1975, p. 215.

[320] 一般看，此理论探讨，包含较纯粹理论化的和相对功利实践化的。比较法或法律史的学说，可归属前者；法律变革运动中实践者表现的思考言说，可归属后者。本章未明显区别两者，因为，即使较纯粹理论化的探讨，依然可被置于广义的法律实践背景中加以考察，其若隐若现展示了实践动机。见后文。

[321] 尤其近代以来，法律移植，一直是各民族国家知识阶层的重要论题。此和法学中比较法知识话语的生产及法律史研究的再度活跃，存在重要关联。但更重要的，就实质而言，其和世界上近代民族国家的“现代性”进程存在更密切的联系。当民族国家需要变革或不得不正视变革的紧迫需求时，法律移植，便作为重要问题而呈现。而作为比较法或法律史话语一部分的法律移植论说，实际上亦隐含近代以来民族国家“现代性”前进的标记。这些话语或多或少，总提示法律制度如何通过“比较”“鉴史”，进而走向世界统一化的法律制度目标，或某种先进法律制度目标。

[322] 世界上较重要、通过比较法或法律史作为表达方式的法律移植著述，已被大量介绍到中国，且已众所周知，其中可见这点。而中国法律移植著述的生产，亦十分可观，仅20世纪90年代以来发表的正式论文和著作，涉及法律移植的，相当一些即从历史化角度进行讨论。在中国近代及现代，或说20世纪50年代以前的近现代，更能看到，法律移植讨论如何进入历史及试图以史为鉴。作为突出的当代例子，可注意中国学者冯卓慧的《法律移植问题探讨》，载《法律科学》2001年第2期，第16—26页。这一文本，十分典型，完全从历史进入叙述。

[323] 关于法律移植研究总是“追求历史经验”的缘由，参见美国学者Daniel R. Coquillette, “Legal Ideology and Incorporation I-III”.Boston University Law Review,61 (1981), pp. 1, 315。

[324] 如法国历史学者雷蒙·阿隆（Raymon d Aron）指出，即使承认一条经济规律已被所有已知的文明所证实，亦不能说明，其对未来制度均有效。对延伸至未来的所谓社会规律，人们总需经过部分的认识而获得。参见雷蒙·阿隆：《历史的规律》，何兆武译，载张文杰等编译：《现代西方历史哲学译文集》，第63—65页。类似言说例子，参见意大利学者贝奈戴托·克罗奇：《历史学的理论和实际》，第46—61页；更典型的例子，参见 Karl Popper, TheOpen Society and its Enemies. London: Routledge, 1957, vol. 2, pp. 272-280。在此提到“暗示”，因为，其并未直接讨论法律移植。

[325] 有关世界范围法律“现代性”进程问题的分析，可参见下一章。

[326] 在此，意思是，讨论者及知识分子，可不断借生产法律移植的“话语产品”，使法学职业具有更多贸易场所，使法学职业的产品流通，获得更多、最终以物质资源赏赐作为回报的实际占有。即使如此看待历史化的法律移植话语，依然可发现，其已渐进入“失语”状态，新产品似乎已不是“新”的。关于“失语”，可注意，不论国内还是国外，相当一些讨论具有重复性质，尤其是关于历史事例。笔者将其视为“搭车”现象。

[327] 关于广义的“立法”活动的含义，见后文。

[328] 此亦为笔者非常谨慎参考前面提到的“一些众所周知的历史理论”的缘故，并请参见下文。

[329] 这种结论倾向的典型例子之一，即19世纪德国学者萨维尼的理论。关于其经典著述，参见F riedrich Karl von Savigny, System des heutigen r.ischen Rechts. Berlin: Veit undcomp., 1840-1849；Fri edrich Karl von Savigny, Vom BerufUnserer Zeitfür Gesetzgebungund Rechtswissenschaft. in: Einf. von Hans Hattenhaue, Thibaut und Savigny : ihre programmatischen. Schrifte, Müchen : Vahlen, 1973。

[330] 法律与政治的关系，为学者熟知。这里所说的应然关系，指某种主体期待的一种关联。

[331] 因其不可避免涉及且依赖历史事例铺垫，从历史“经验”进行概括。作为较典型的例子，可注意刘研的《以日为鉴：浅谈法律移植的制约因素》，载《黑龙江省政法管理干部学院学报》2002年第3期，第137—138页。

[332] 本章中，“法律政治学”一词具有两个含义。其一，指“法律与政治的关系”的思考及理论。其二，指法律与政治的相互依赖关系。

[333] 有关这两种移植方式的较具体生动的例子，可参见勒内·罗迪埃：《比较法导论》，徐百康译，上海译文出版社1989年版，第11—19页，亦可参见F.P.沃顿：《历史法学派与法律移植》，许章润译，载《比较法研究》2003年第1期，第121—122页。

[334] 这里指本章前面注释提到的如雷蒙·阿隆、贝奈戴托·克罗奇和卡尔·波普尔（KarlPopper）等人的著述。

[335] 对历史学中因果观念的批评性学理分析，可参见英国历史学者George M. Trevelyan, Clio, A Muse and other Essays. London: Longmans, Green and Co., 1930, p.

142以下。屈勒味林（George M. Trevelyan）通过具体事例，富有启发且细致分析了这种观念的逻辑症结。

[336] 参见休谟：《人类理解研究》，关文运译，商务印书馆1982年版，第26页以下。当然，休谟并不否认，此心理定势具有一定社会实践意义，参见休谟：《人类理解研究》，第43页。

[337] 不论成功序列，还是失败序列，逻辑上，应该数目繁多。但需注意，相当一些序列，在历史文本（这里包含文字、传说、遗物等）中，并未被记载。历史的“记载”，总是部分的。

[338] 当然，许多学者并未完全相信绝对的“因果联系”，但其本身所从事的话语探讨，因为历史化，故总是显示了“经验情结”。

[339] 参见K. 茨威格特、H. 克茨：《比较法总论》，潘汉典、米健、高鸿钧、贺卫方译，潘汉典校订，贵州人民出版社1992年版，第354—355页。

[340] 补充一点。理解过去事件，重要的，则是采用“像今天当事人理解今天事件一样的方式”。如此研究角色转换，可使我们更好“体验”、深思过去微观历史中事件发生谱系的复杂。

[341] 有关梅特兰的原文解释，参见James B. White, The Legal Imagination. Boston: Little, Brownand Company, 1973, pp.6-7。

[342] 许多众所周知的法学著述，探讨过法律与利益纷争的关系。在此，笔者更强调这样一个概念：利益纷争总引发进一步的事物复杂，尤其是事物相关因素的函数复杂，故法律变化的意义亦凸显，法律得以最终不断生产。

[343] 如美国学者C. 赖特·米尔斯（C. Wright Mills）曾提出：不同时代，历史学家的研究往往区别很大，其原因一方面，在于后来研究依赖的新事实或新资料的增加，另一方面，则在于人们兴趣、建立记录的框架发生了变化，而兴趣和建立记录的框架，是从无数可得的事实中作出选择的依据，同时亦为对这些事实进行解释的依据。参见C. 赖特·米尔斯：《社会学的想象》，陈强、张永强译，三联书店2001年版，第156页。德国学者曼海姆亦认为，在某些社会历史知识领域，某一个特定的发现，必然包含认知者立场的痕迹，此应认为是正确的，且不可避免。尽管曼海姆主张，许多立场角度的增加，可增进认识的客观性。参见曼海姆：《意识形态和乌托邦》，艾彦译，华夏出版社2001年版，第355—356页。

[344] 此主要指20世纪50年代以后，西方哲学解释学的理论，如人所共知的德国哲学家海德格尔（Martin Heidegger）、伽达默尔等人的学说。

[345] 在许多比较法或法律史的理论言说中，我们均可清晰看到，理论家在论述比较法或法律史的目的时，总乐意论及实践性目的，如"如此可增进本土的法律变革""如此可理解域外的法律文化以增进相互之间的理解""如此可彰往察来"……尽管这种论及，有时的确不同于非常具体的法律变革语境中的实践化言说。关于这个问题的深入讨论，见导论及第一章。

[346] 参见Michael John, Politics and the Law in Late Nineteenth-Century: The Origin of the Civil Code. Oxford: Clarendon Press, 1989, pp. 15-26。

[347] 作为例子，在中国近现代关于"西方法律是否应移入中国"的争论中，即可看到，给人印象深刻的，则是赞同一方不厌其烦引述19世纪日本、土耳其等国情形，反对一方，则常提到19世纪上半叶德国等国情形。

[348] 对于此问题，可注意贝克尔：《什么是历史事实》，第236页。

[349] 在这里，同样可注意贝克尔在《什么是历史事实》中的论述，见贝克尔：《什么是历史事实》，第237—238页。另见前面两章的相关分析。

[350] 美国学者萨德曼（Ro bert Seidman）提出过较典型的论述。他认为，在法律移植中，存在"不可移植"的规律。因为，规则所引发的活动针对任何场景都是特别、具体的，我们根本无法期望，一项法律规则从一个文化移入另外一个文化，可具有同样作用。参见 Robert Seidman, "Administrative Law and Legitimacy in Anglophonic Africa: A Problem in the Reception of Foreign Law". Lawand SocietyReview, 5 (1970), pp. 161, 200-201。另外相似观点论述，见J.N. Lyon, "Law Reform Needs Reform". Osgoode Hall Law Journal, 12 (1974),p. 421。英国学者沃特森（Alan Watson）对结构功能观点提出过尖锐批评。他认为，法律规则一旦产生，完全可脱离特定的制度环境而独立生存。参见Alan Watson, "LegalTransplants and Law Reform". Law Quarterly Review, 92 (1976), p. 79；Alan Watson, TheMaking of the Civil Law. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1981, p. 181。值得注意的对沃特森批评的反批评，可参见Peter Stein, "Uses, Misuses and Nonuses of Comparative Law". Northwestern University Law Review, 72 (1977), p. 198，及新近的一个中文译本，德国学者伯恩哈德·格罗斯菲尔德：《比较法的力量与弱点》，孙世彦、姚建宗译，清华大学出版社2002年版，第76—77页。

[351] 有关“有机”社会概念如何开始出现在社会科学的讨论中，参见乔纳森·H. 特纳：《社会学理论的结构》，吴曲辉等译，浙江人民出版社1987年，第44页以下。有关“有机”社会概念进入法学领域的一个近代例子的分析，可参见美国学者Mathias Reimann, “Nineteenth Century German Legal Science”. Boston College Law Review, 31 (1990), p.877。

[352] 这与法律移植定义的分析有关。一般而言，定义问题主要集中在“是否有机”。“有机”观点，是一种生物学或医学话语的法学位移（更主要是后者）。“无机”观点，是一种“自然分散”的观点。仅就定义看，人们似乎赞同“有机”观点，认为法律移植存在“制度的相互勾连”的问题，法律制度像“生命”一样，其具体部分的位置变化不能孤立看待。此亦为“法律移植过程”问题的“结构功能”话语的一个概念预设。国内大多数学者，只要涉及“法律移植”定义的叙述，基本赞同“有机”观点。

[353] 一个有意思的现象是，当讨论“法律移植条件是否具备”，或讨论法律移植过程时，不少法学文献，并未坚守法律移植的“有机”定义观点。显然，严格的“有机”定义要求：移出地和移入地，至少在结构功能上，是相当一致的。不少法学文献，主要谈论移植将会产生怎样的具体效果，而非移入的具体法律制度是否符合了“有机”的要求。这里涉及的理论困境— —在假定“有机”定义后，几乎很难澄清在具体的一个法律体系中，究竟哪一部分是“结构功能”性的— —是一个重要因素。换言之，生物学或医学话语的法学位移，未经严格逻辑的论证，既是一个较简化的“类比”，又是一个以“社会有机”的想象作为前提的“类比”。“社会有机”，仅为不能论证的一个观点。“社会无机”，同样仅为不能论证的一个观点。故在这里，存在可无限争论的空间，而不自觉地进入“移植将会产生怎样的具体效果”的讨论，亦十分自然。

[354] 例子，参见申政武：《日本对外国法的移植及其对我国的启示》，载《中国法学》1993年第5期；张德美：《浅论法律移植的方式》，载《比较法研究》2000年第3期。

[355] 参见罗迪埃：《比较法导论》，第32—33页。

[356] 提到这点，对本章后面的社会共识建构的论证，十分重要。见后文。

[357] 本文中，“现代性”一词主要指社会历史的总体直线性的进步。参见下一章。

[358] 有学者的确认为，后进法律制度的国家移植先进国家的法律制度是必然的。参见何勤华：《法的移植与法的本土化》，载《中国法学》2002年第3期，第4、8页。

[359] 对这种观点的大体概括，可参见Vivian Curran, Comparative Law: An Introduction, Durham:Carolina Academic Press, 2002, p. 8, n. 76，以及Friedman, The Legal System: A Social Science Perspective, pp. 280-290。

[360] 前文对有关社会影响函数复杂的讨论分析，同样可用于这里。

[361] 这种情况，在近代日本和中国，甚至是其他国家，包括近代欧洲许多国家，均可发现较普遍。

[362] 关于这方面例子，可参见罗迪埃：《比较法导论》，第19页。

[363] 以往法律移植研究，常忽略此责任问题。显然，若社会精英引导法律移植，失败时令社会公众承担后果，缺乏正当性，或正当理由。

[364] 作为例子，可参见黄文艺：《论法律文化传播》，载《现代法学》2002年第1期，第156页；谢鹏程：《论法律的工具合理性与价值合理性：以法律移植为例》，载《法律科学》1996年第6期，第16—18页；何勤华：《法的移植与法的本土化》，第10—11页。当然，何勤华的讨论较折中，区分了几种情况。

[365] 参见川岛武宜：《现代化与法》，王志安、渠涛、申政武、李旺译，中国政法大学出版社1994年版，第132页。

[366] 参见Ala n Watson, Society and Legal Change. Edinburgh: Scottish Academic Press, 1977, pp. 8, 115。

[367] 关于这种机制的分析，参见乔·萨托利：《民主新论》，冯克利、阎克文译，东方出版社1998年版，第104页以下。

[368] 现在，越来越可发现，媒体的话语作用十分关键，可迅速有效影响社会的意识形态。各类媒体技术的发展，实际上已在相当程度上，改变了社会交往的方式。尽管今天媒体的发展，可具有自身的不可控制性，但技术精英依然在其中扮演重要角色。关于这方面的研究，可参见Stuar t Hall, “Culture, the Media and ‘Ideological Effect’”, in Mass Communication and Society. ed. James Curran, Michael Gurevitch, and Janet Woollacott, etc.,London: Arnaold, 1977。

[369] 关于一个制度和周边相关因素的关系，可参见勒内·罗迪埃的有益分析。参见其《比较法导论》，第35页。

[370] 关于此问题的分析， 参见Al an Watson, Aspects of Reception of Law. American Journalof Comparative Law,. 44 (1996), pp. 345-346; Vivian Curran, Cultural Immersion, Difference and Categories in US. Comparative law.American Journal of Comparative Law,46 (1998), pp. 55-57。

[371] 德国学者伯恩哈德·格罗斯菲尔德详细分析了不同区域的两种法律制度遭遇时，知识分子如何通过 "翻译"的方式，以建构关于域外法律的想象。参见 Bernhard Groβfeld, Kernfragen derRechtsvergleichung, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1996, S. 106-115,118-122。

[372] 当然，这里不排除"偶然兴趣"的现象。有的精英，作为有闲阶层的成员，可能出于好奇，故对域外法律制度进行观察。但这种"出于偶然"的观察，可忽略不计。

[373] 当法律移植即将被提出或刚被提出时，本土常已出现物质或精神方面的本土与域外之间的对立、冲突。域外总会试图征服"本土"。部分的"本土"，总会抵御"域外"，同时，部分的本土，又会迎接"域外"。关于此问题，可注意近代德国例子，参见 John, Politics and the Law in Late Nineteenth-Century: The Origin of the Civil Code, pp. 15-26。也可注意近代日本例子，参见森岛通夫：《日本为什么"成功"— —西方的技术和日本的民族精神》，胡国成译，四川人民出版社1986年版，第31—52页。中国近代历史情况，众所周知，故不赘述。

[374] 既可能通过直接的意见表达出来，也有可能通过对法律变化所引发的利益结果这种间接方式表达出来。见后文。

[375] 这里"同类"，意味着各类精英和大多数一般民众之间的关系，与各类精英内部的关系，在"政治"意义上是类似的，依然面对"法律与政治"的应然基本原理。

[376] "或明或暗"是指有时直接表达出来，有时是以含蓄、间接方式表达出来。如直接发表意见，属于前者。不直接发表意见，而是在行动中"我行我素"，巧妙规避，则属于后者。关于如何以含蓄、间接方式表达反教育、反引导、反启蒙的分析，可参见苏力：《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社1996年版，第41—73页。

[377] 如美国学者弗里德曼（Law rence M. Friedman）认为，以法律职业群体为代表的法律意识，在法律文化建设中至关重要，正是这种职业化的法律意识，可提高大多数一般民众的法律意识，进而引导法律文化的变革。见Fri edman, TheLegalSystem: A SocialSciencePerspective, pp. 223ff。国内有的法学文本，也有类似的隐蔽叙述，参见赵志毅、孙世刚：《论法律移植— —法律意识角度的认识》，载《当代法学》2002年第1期，第18、19页。

[378] 带引号的原话，参见伊格尔顿：《历史中的政治、哲学、爱欲》，马海良译，中国社会科学出版社1999年版，第90页。

[379] 在此使用“主要”一词，因为在笔者看，即使缺乏主要、适应性的物质化、制度化的基础，依然可发挥社会共识的作用，以积极推动法律移植。

[380] 亦在此，我们可再次看到，历史化的法律移植研究，其所提供的经验，即使是物质化、制度化方面的经验，依然不仅是或然的，而且其意义依然十分有限，仅提供了一种辅助性的“参考档案”，这种“参考”价值，且均需多打折扣。我们对现有物质化、制度化某些条件具备的认识，在没有一类历史参考档案时，同样可获得较为真实的理解。因为，这些现实条件，必然会和人们现实需要存在密切联系。此现实需要，即使脱离“参考档案”的协助，依然直接透明、凸现，可为我们所直接觉察、分析、理解，其在那里“斗争”，如果我们可以且愿意深入现实的社会生活，体察、挖掘、辨识、汇总、提炼其中的内容要素，可以且愿意自觉记住“法律与政治”的应然原理及法律正当性的要求。

[381] 参见本章前文。

[382] 可发现，许多法律移植的历史化研究文本，常在论述一般观点和论证后，附带历史事例。此即意味着“例证”“历史已证明”。一些法律移植的历史化研究文本，则是直接提出这种陈述，如黄金兰：《论法律移植》，载《山东大学学报》（哲学社会科学版）2001年第6期，第29页，其中说，“……最典型的例证是日本，在日本法制史上发生过三次大规模的法律移植”；陈金威：《论法律移植》，载《求实》2002年第4期，第46页，其中说，“法律移植总是必然的，要是不主动地进行法律移植与改革，那只能意味着落后……许多殖民地国家的历史证明了这一点”；杨文丽：《法律移植与中国法制现代化》，载《北京理工大学学报》（社会科学版）2001年第4期，第50、51页，其中说，“法律移植……已经为人类历史的实践经验所证实……历史证明法律能够移植”。

[383] 见本章第三部分，即从“法律不断生产及存在的角度去看历史”的立场。

[384] 休谟：《人性的高贵与卑劣》，杨适等译，三联书店1988年版，第1页。

[385] 霍布斯：《利维坦》，黎思复、黎廷弼译，商务印书馆1985年版，第253页。

[386] 本章中，“现代法治”基本上指现代政治法律语境中的“法治”，而非宽泛意义、包含古今中外政治法律语境中所有“法治”一词使用所指的含义。后文将对“现代法治”，作出细致说明。

[387] 英国现代学者詹宁斯（W illiam Ivor Jennings）指出，当人们对法治（亦即现代法治）进行分析时，可发现其内容总是含糊不清。参见 W.I. 詹宁斯：《法与宪法》，龚祥瑞、侯健译，贺卫方校，三联书店1997年版，第34页。德国现代学者基希海默尔（Otto Kirchheimer）认为，现代法治，几乎是“默契和随心所欲的混合物”。参见Otto Kirchheimer, “The Rechtsstaat as Magic Wall”, in Politics, Law and Social Change: Selected Essays of Otto Kirchheimer. ed. Frederik Burin and Kurt Shell, New York: Columbia UniversityPress, 1969, p. 429。关于国外许多学者从不同角度提出“现代法治”的不同理解，可参见 Lan Shapiro (ed.), The Rule of Law. New York: New York University Press, 1994。在当代中国法学界，人们对法治（大多数情况下指“现代法治”）同样已作出许多不同的解释。这些中国学者的观点，在20世纪90年代以来的中国法学刊物和法学著作中，随处可见。

[388] 如英国现代学者沃尔克（David Walker）指出，“法治”一词，虽然没有统一的定义，但通常看，其指被称作法律的规范原则约束所有权力机构和权利主体。参见Walker, The Oxford Companion to Law, p. 1093。加拿大现代学者希普诺维奇（Christine Sypnowich）指出，就最低形式而言，人们大体认为，“法治”是指法的统治。参见Christine Sypnowich, “Utopia and the Rule of Law”, in Recrafting the Rule of Law: the limits of Legal Order. ed. David Dyzenhaus, Oxford: Hart Publishing, 1999, p. 179。

[389] 翻阅大量的有关“法治”或“现代法治”的讨论文献，此显而易见。

[390] 对“现代性”一词的精确含义，学者有不同意见。笔者认为，对“现代性”的理解，不能且不应拘泥于完整定义的追求。当探讨此语词的使用时，一般看，我们是处在一个大体可相互理解的学术语境中。在此学术语境中，我们可体会、知道“现代性”的大致意思。这便有如阐述许多问题时，我们常是默默承认约定俗成的语词概念。使用每个词，并非一定要作出一个准确的定义。关键在于，对话中，我们能感觉对话者可相互理解对方的意思和观念。我们使用语词的目的，在于解决我们的问题。本章基于这样一个前提，以讨论“现代性”的含义。

[391] 英语“mo dern”，既有“现代的”意思，亦有“近代的”意思。“现代性”一词的使用，大体上是现代学术语境中的现象。当然，该词意义，亦和近代西方语境存在联系。关于这一点，后文论述。

[392] 如从近代开始的殖民主义扩张，及被殖民统治。

[393] 参见安东尼·吉登斯：《现代性的后果》，田禾译、黄平校，译林出版社2000年版，第1页。

[394] 中国相当一些学者，讨论"现代性"问题时，已接受吉登斯的观点。尽管有些学者认为，"现代性"本身亦为多种多样，如资本主义有自己的现代性，社会主义亦然（此问题，后文将论及），但学者普遍认为，"现代性"的语词使用，已预设一个基本含义，而基本含义，可在吉登斯的论述中概括出来。有关文章，可参见20世纪90年代的一些重要中文学术杂志，如《二十一世纪》（香港）、《天涯》《读书》。

[395] 如在现代才开始现代化的一些民族国家内，现代性观念是在现代出现的。

[396] 当然，"现代化"亦表达了一种状态的存在，如充分的工业化、健全的法治化。

[397] 关于这一点，可参见齐格蒙·鲍曼：《立法者与阐释者— —论现代性、后现代性与知识分子》，洪涛译，上海人民出版社2001年版，第4页。我们亦可从英国学者伊格尔顿有关"后现代性"观念的论述中，反向体会"现代性观念"的大体内容。在《后现代主义的假象》中，伊格尔顿指出，后现代性观念是一种思想风格，其置疑客观真理、理性、同一性和客观性等经典概念，置疑普遍进步或人类解放，不信任任何单一的理论框架、大叙事或终极性解释；与这些启蒙时代的规范相左，后现代性观念认为，世界充满偶然性，没有一个坚实的基础，是多样化、不稳定的，在后现代性观念看，这个世界没有一个预定的蓝图，相反，是由许多彼此不相连的文化系统、解释系统组成。参见T erry Eagleton,Illusions of Postmodernism. Oxford: Bladwell Publishers, 1996, p. VII。

[398] 20世纪50年代以前的西方历史学的文本阐述，已常表达这样的观念。另可参见吉登斯对社会进化论的描述，社会进化论和现代性观念存在密切联系。参见吉登斯：《现代性的后果》，第5页。

[399] 有学者指出，某种意义上，"现代性观念"将人类社会视为牛顿（Isaac Newton）式的井然有序的自然呈现。参见 Stephen Toulmin, Cosmopolis: The Hidden Agenda of Modernity. Chicago: University of Chicago Press, 1990, p. 205。

[400] 关于此问题，可参见Jo nathan Israel, RadicalEnlightenment: Philosophyand the Makingof Modernity, 1650-1750. Oxford: Oxford University Press, 2001, pp. 1-5。

[401] 吉登斯：《现代性的后果》，第6页。

[402] 我们可发现，在1949年至1976年的中国变化中，如下一些观念十分重要：第一，建立公有制，树立让所有属于人民范畴的人，均过上幸福生活的社会主义理想，将以私有制为基础的资本主义设定为对立面；第二，倡导计划经济，与西方以市场经济为动力的现代性在经济体制上分道扬镳；第三，与计划经济相应，主张现

代化运动的上层建筑采用高度集权的政治体制；第四，在意识形态领域尊崇单一的思想体系，拒斥现代西方以自由主义和多元主义为精神内核的现代性观念。

[403] 关于法律方面的例子，如英国法律史学者梅因曾说：“所有进步社会的运动，到此处为止，是一个‘从身份到契约’的运动”。参见梅因：《古代法》，沈景一译，商务印书馆1984年版，第97页。德国学者韦伯（M ax Weber）认为：“法和法律过程的一般发展是从通过‘法的先知们’进行魅力型的法的默示，到由法的名士豪绅们经验的立法和司法（保留派、法学家的立法和先例立法），进而到由世俗的最高统治权和神权统治的权力进行加强的法律，最后由受过法律教育的人（专业法学家）进行系统的制订法的章程和进行专业的、在文献和形式逻辑培训的基础上进行的‘法律维护’。”参见马克斯·韦伯：《经济与社会》（下卷），约翰内斯·温克尔曼整理，林荣远译，商务印书馆1997年版，第201页。

[404] 这里所说的“扩展”，为双重意义。一方面，是“先进强势”的国家向“落后弱势”的国家，鼓吹“现代法治”如何与工业进步、科技发达密切联系在一起，进一步，在展示自己实力的同时，亦向后者展示“现代法治”的魅力，将“现代法治”带入后者的具体地缘；另一方面，是“落后弱势”的国家，“自觉”发现“现代法治”十分重要，进一步，在欣赏“先进强势”国家的经济军事实力时，亦在强调“现代法治”的重要意义，将“现代法治”自觉引入自己的民族国家。

[405] 詹宁斯：《法与宪法》，第42页。

[406] 即认为我们的语言对应固定的意义。

[407] 如中国古代便有自己的“法治”理论，西方古希腊亦有自己的法治理论。这些均为人所熟知。西方近代以来的法治理论，亦在不断变化。在此值得一提的，则是英语国家的现代法治理论，以及欧洲大陆国家尤其是德国的现代“法治国”（Rechtsstaat）理论的不同话语策略。根据德国学者纽曼（Franz Neumann）的概括，现代法治国的本质，在于国家政治结构与其法律组织相分离，而法律组织，保护自由和安全。现代法治国和英语国家的法治的不同之处，在于这个分离。纽曼认为，现代法治国的要素，包括如下几个方面：第一，国家管理必须受自己制定的法的约束，此暗含法的至高无上；第二，国家和公民的关系，事先由法决定，国家对个人的自由和财产的干预，必须是可预测、可估计的，其已由法精确规定；第三，独立的法官可依据法，控制国家的干预。这些内容，可参见Franz Neumann, The Rule of Law: Political Theory and the Legal System in Modern Society. Berg Publishers Ltd., 1986, p. 182。近几年，德国的另一位知名学者伯肯弗尔德（Ernst Wolfgang B.ckenf.rde），亦详尽说明现代“法治国”的含义，其内容和纽曼概括的，大同小异。

参 见 Erns t B .ckenf.rde, State, Society and Liberty: Studies in Poltical Theory and ConstitutionalLaw. trans. J.A. Underwood, Oxford: Berg, 1991, pp. 49-50。但笔者认为，现代“法治国”理论，依然是对现代法治观念的另外一种表述。

[408] 这是一个复杂且容易引起争议的观点。在笔者看，我们总在特定历史语境中，解释特定历史语境中的法律问题，且我们无法超越特定历史语境之外，看待问题。基于特定历史语境中的各个方面，如观念、利益的制约，我们常深受社会存在影响，亦因此产生相关的政治道德观念及法律意识形态策略。关于这一点，可参见第一章的分析。此外，我们可注意，詹宁斯亦已指出，“如果法治不是法律与秩序的同义词，那么它则适宜于表达理论家的政治观点”。参见詹宁斯：《法与宪法》，第42页。

[409] 参见詹宁斯：《法与宪法》，第34 —35页。关于这一点的进一步说明，参见维尔：《宪政与分权》，苏力译，三联书店1997年版，第13—14页。

[410] 维尔：《宪政与分权》，第224页。

[411] 其实，此亦为众多研究“现代法治”理论的学者的意见。正如前面提到，现代法治的基本观念，来自近代西方法治理论。而近代西方法治理论，显然已大体提出“权力配置”的问题。英国近代学者洛克指出：“……如果同一批人同时拥有制定和执行法律的权利，这就会给人们的弱点以绝大诱惑，使他们动辄要获取权力，借以使他们自己免于服从他们所制定的法律，并且使他们在制定法律和执行法律时，使法律适合于他们自己的私人利益……”参见洛克：《政府论》（下篇），叶启芳、瞿菊农译，商务印书馆1983年版，第89页。美国近代联邦党人亦指出，行政权和司法权合在立法权之下，即使多数人行使，亦为专制，因为，“一百七十三个专制君主一定会像一个君主一样暴虐无道”。参见汉密尔顿、杰伊、麦迪逊：《联邦党人文集》，程逢如、在汉、舒逊译，商务印书馆1982年版，第254页。美国学者维尔指出：“权力分立理论以及均衡政制理论一直建立在对政府活动的职能性分析的基础上，这种职能分析将政府活动分类为立法和执行，即制定法律和将法律付诸实施。如同我们已看到的，法治这个概念一直是同对于政府活动的这种职能观紧密联系的”。参见维尔：《宪政与分权》，第215—217页。加拿大现代学者施克拉（J udithShklar）指出，应注意亚里士多德式的作为“理性统治”的法治，和孟德斯鸠式的作为“权力制约”的法治，而近代以来，人们才更细致分析了以权力制约为平台的法治。参见Judith Shklar, “political Theory and the Rule of Law”, in The Rule of Law: Ideal or Ideology.ed. Allan Hutchinson and Patrick Monahan, Toronto: Carswell, 1987, pp. 1-2。

[412] 以前，有学者认为，某些情况下，不需要对法律规则进行理解，可直接适用。此种观念在19世纪德国，得到一些学者，尤其是“机械法学”（耶林语）的赞同者的认同。但现在，法学学者发现将规则运用于具体情形时，理解难以回避。

[413] 在此，不仅存在一条法律规则的字词如何理解的问题，而且存在法律规则条文之间的相互关系如何看待的问题。前一种情形，许多著述已有论及。就后一种情况而言，我们习惯认为，在一个法律体系中，法律规则的相互关系大体来说十分协调，尤其是那些最基本的法律规则，存在逻辑相互支持的关系。但问题可能并不如此简单。2001年出现的一个例子，可很好说明此问题。2001年10月，在一桩继承案中，四川省泸州市纳溪区人民法院认为，被继承人将自己的遗产赠与第三者的行为，已违反《民法通则》第七条“民事活动应当遵守社会公德”的规定，故属无效的民事行为，不能适用《继承法》的有关规定，认为遗赠有效。后二审法院维持原判。参见本书第七章。我们可发现，根据《民法通则》第七条作出的判决和根据《继承法》有关规定作出的判决，可能相互矛盾。针对此案而言，我们至少可认为，法律规定之间的逻辑关系，并非一定如此十分协调。

[414] 我们不难发现，许多法律纠纷和争议，是和对法律含义的不同看法相互联系的。在纠纷和争议中，人们会基于不同的利益期待、社会观念，对法律问题提出自己的意见或看法。

[415] 参见孟德斯鸠：《论法的精神》（上册），张雁深译，商务印书馆1982年版，第154、163页。

[416] 在中国法学中，一般观点认为，法律解释是“有权解释”的问题，即法律可规定在需要解释时由谁来解释。但笔者认为，即使如此规定，一般性的司法解释，在司法活动中依然广泛存在，且对“有权解释”的解释规定，人们有时还会认为需要解释。

[417] 在此，所以提出“极有限”的界定，因为严格说，现实社会中，人们对法律规则总存在不同的理解。即使异议者是极少数的个人，此依然是“不同理解”的表现。相当多的情况下，我们的确可看到制定出来的规则没有引起人们的争议，但应注意，对于社会中大多数人而言，相当一部分法律规则对他们是陌生的，其行为，一般看，不是在知道法律规则的情况下依照法律规则来实施。法律职业群体的产生，或可从社会分工角度来理解的法律职业阶层的出现，均已表明，社会中大多数人对法律规则的十分有限的知之程度。当代中国多年来普法教育这一事实本身，亦表明，当代中国社会中大多数人，并不了解浩如烟海的法律规则。大多数人发生纠纷后寻求法律咨询，亦可作为佐证。而在社会大多数人不了解大量法律规则的情况下，我

们何以能断定，在没有发生纠纷和争议时，法律规则在发挥规则治理的作用？此外，我们应注意另外一种情形，即人们以一般性的“置身之外”的方式理解法律规则，与人们卷入纠纷和争议时理解法律规则，存在重要区别。前者中，人们易达成共同意见，因为，此时自身的利益，及自己的政治道德观念，未置身其中，而后者中，人们不易出现共同意见，因为，此时利益和政治道德观念，易发生冲突。这或许就是人们在一般性学习法律规则的过程中，认为法律规则十分清楚，而在具有纠纷争议性质的实践中，认为法律规则又十分不清楚的重要原因。还需注意的，则是许多情况下，我们认为规则的意思很清楚，并非因为规则及规则的语言本身有自己的固定意思，而是因为，特定的语境中，我们对其没有不同的理解分歧。这方面的例子，不胜枚举。现代语言学的分析研究，已说明这一点。我们是借助语言以张扬法治的。而语言，恰是约定俗成的符号系统。如果我们均同意一个“意思”，此意思即为清楚，如果不同意，此意思即为不清楚。这个意义上，我们便可理解，在基本层面上看没有规则的治理。“规则的治理”大体是个神话。此神话，大体来自我们所看到的“没有争议的规则运用”这些现象，且来自对之没有反省。

[418] 詹宁斯：《法与宪法》，第215页。

[419] 主张权力分立制约的美国近代联邦党人麦迪逊（James Madison）早已指出，党争的基础是利益，司法独立及司法判决，亦不过是利益的表现。参见汉密尔顿、杰伊、麦迪逊：《联邦党人文集》，第46—47页。美国学者维尔指出，历史上，与法治密切关联的分权理论，其和劳动分工、职业专业化需求、利益配置存在重要关系。参见维尔：《宪政与分权》，第14 —15页。

[420] 关于此问题的较细致分析，可参见维尔：《宪政与分权》，第8—9、92页。

[421] 现代法治中司法独立，颇为要求职业化和专业化。笔者提到这一点，是从“现代法治”的角度出发的。

[422] 所以说“中产阶级”或“中等阶层”，因为，职业化的知识保持与生产，是以一定的经济资源作为基础的。缺乏一定的经济资源的支持，“知识保持与生产”本身，便难以想象。

[423] 关于否证“现代性观念”的一个例子阐述，可参见王铭铭：《他者的意义— —论现代人类学的后现代性》，载赵汀阳编：《现代性与中国》，广东教育出版社2000年版，第279—313页。

[424] 关于这一点的批判性分析，可参见鲍曼：《立法者与阐释者》，第90页以下。

[425] 参见吉登斯：《现代性的后果》，第6—7页。

[426] 参见吉登斯：《现代性的后果》，第36页。

[427] 关于其他例子，可参见吉登斯：《现代性的后果》，第37—38页。

[428] 参见吉登斯：《现代性的后果》，第39页以下。

[429] 参见Cotterrell,The Sociology of Law: An Introduction, p. 159。

[430] 关于此问题，可参见Ronald Cass, The Rule of Law in America. Baltimore: Johns HopkinsUniversity Press, 2001, pp. 98ff。另外，在中国，至少在强调"推进现代法治"的时期，我们亦可发现类似问题。强调程序的意义，亦的确越来越对财富资源拥有者展示了有利的支持。虽然我们强调对财富缺乏者的"法律援助"，但这种援助，十分有限，同时，我们可发现，参与"法律援助"的法律职业者，如律师，自然要比接受财富拥有者委托的法律职业者，较缺乏"法治积极性"。当然，目前中国强调社会主义法治的概念，其目的之一，即在缓解此情形。

[431] 有人可能认为，实际上，正是现代法治可提供一个多种立场交流的平台和制度保障。但这种观念，存在问题。因为，现代法治提供的制度设计（主要是程序方面的而非实体方面的），已是在肯定一类阶层价值的基础建立的，其已反映一类阶层的基本需求。换言之，现代法治的制度设计，从开始，便未设立一个"绝对公平"的历史舞台，其也不可能设立这样一个舞台。现代法治的一系列原则，如马克思主义经典作家所揭示的，是特定阶层利益的表现。在中国，我们可看到一系列程序上的法治制度，如抗辩制，不可避免具有一些"利益倾向"的问题。在这些制度中，有产阶层，相对一般民众而言，更能顺利进入法治运作。一般民众，尤其是较贫穷的民众，进入这样的程序运作，较为困难，会受经济制约。故有理由追究是否存在"压抑另外立场和利益需求"的问题。

[432] 赫尔南多·德·索托（Hernando de Soto）：《资本的秘密》，王晓东译，江苏人民出版社2005年版，第11页。

[433] Richard A. Epstein, Simple Rulesfor a Complex world. Cambridge: Harvard University Press, 1995.

[434] Epstein,Simple Rules for a Complex world, pp. 37-38.

[435] Epstein,Simple Rules for a Complex world, p. 37.

[436] Epstein,Simple Rules for a Complex world, p. 42.

[437] Epstein,Simple Rules for a Complex world, p. 38.

[438] Epstein,Simple Rules for a Complex world, p. 43.

[439] Epstein,Simple Rules for a Complex world, p. 43.

[440] Epstein,Simple Rules for a Complex world, p. 44.

[441] Epstein,Simple Rules for a Complex world, p. 44.

[442] Epstein,Simple Rules for a Complex world, p. 44.

[443] 案例参阅柳福华：《高楼里扔出法律难题》，载《人民法院报》2002年8月22日，第4版。

[444] 现中国侵权法已规定，被告承担连带责任。虽如此规定，问题依然存在，人们还会争论，故讨论仍必要。

[445] 关于类似的讨论，参见Epstein,Simple Rules for a Complex world, p. 98。

[446] Epstein, Simple Rules for a Complex world, p. 99. 中国法院常会作出一个折中性裁判。就上面提到的案件而言，法院最终判决被告承担连带责任。但法院并未明确表现这种判决的制度成本思考。其实，当遇到此类较蹊跷案件时，法院总会作出这种性质的裁判。

[447] Epstein,Simple Rules for a Complex world, p. 43.

[448] Epstein,Simple Rules for a Complex world, p. 44.

[449] Epstein,Simple Rules for a Complex world, p. 140.

[450] Epstein,Simple Rules for a Complex world, preface.

[451] Epstein,Simple Rules for a Complex world, p. 33.

[452] Epstein,Simple Rules for a Complex world, p. 33.

[453] Epstein,Simple Rules for a Complex world, p. 98.

[454] Epstein,Simple Rules for a Complex world, pp. 32-33, 96, 307.

[455] Epstein,Simple Rules for a Complex world, pp. 116-118.

[456] Epstein,Simple Rules for a Complex world, pp. 30ff.

[457] Epstein,Simple Rules for a Complex world, pp. 21-36.

[458] 参见Epstein,Simple Rules for a Complex world, pp. 31-32, 53, 140。

[459] 萨义德：《知识分子论》，第11页。

[460] 苏力：《送法下乡——中国基层司法制度研究》，中国政法大学出版社2000年版。

[461] 关于争议，我们至少可注意，2002年《中国社会科学》专门发文一组。参见萧瀚：《解读〈送法下乡〉》，载《中国社会科学》2002年第3期，第92—104页；张芝梅：《〈送法下乡〉：一个读本》，载《中国社会科学》2002年第3期，第105—113页；刘星：《走进现实的法律生活——评〈送法下乡〉》，载《中国社会科学》2002年第3期，第114—123页。另外主要的讨论，参见赵晓力：《基层司法的反司法？——评苏力〈送法下乡〉》，载《社会学研究》2005年第2期，第218—225页；凌斌：《普法、法盲与法治》，载《法制与社会发展》2004年第2期，第126—140页；吴玉章：《读〈送法下乡〉》，载《读书》2003年第2期，第113—119页；冯象：《送法下乡与教鱼游泳》，载《读书》2002年第2期，第3—10页。

[462] 在《送法下乡》的“导论”中，作者已将这些内容，细致交代。参见苏力：《送法下乡——中国基层司法制度研究》，第1—24页。但作为“他者”的阅读者，自然可提出新的理解、意见。

[463] 在《人民司法》等类实践性的法学刊物中，甚至是学术化的正式法学核心刊物，我们当然可发现相关的众多讨论。在一些重要的学术著作中，我们亦能发现相关讨论，如贺卫方的《司法的理念与制度》，中国政法大学出版社1998年版；夏勇主编：《走向权利的时代》，中国政法大学出版社1995年版；强世功编：《调解、法制与现代性：中国调解制度研究》，中国法制出版社2001年版。

[464] 如认为一些法学理论，包括本文涉及的法治知识理论，是无可置疑的，为人类社会必须或必将接受。

[465] 参见苏力：《送法下乡— —中国基层司法制度研究》，第190、141—142、272、375页。

[466] 关于此现象及进一步问题的有益分析，可参见冯象：《木腿正义》，中山大学出版社1999年版，第24页。

[467] 其实可能没有这种关联。我们完全可发现，许多没有现代西方意义上的法治的国家或民族，在历史上，可以且的确战胜了拥有这种法治的国家或民族。

[468] 参见苏力：《送法下乡——中国基层司法制度研究》，第12页。

[469] 关于笔者对《送法下乡— —中国基层司法制度研究》作者的“具体需要地方性”观念的分析，参见刘星：《解读本土法律文化的一种独特方式》，载《二十一世纪》（香港中文大学·中国文化研究所）1999年2月号，第72—74页。

[470] 参见苏力：《送法下乡— —中国基层司法制度研究》，第290页。

[471] 参见苏力：《送法下乡— —中国基层司法制度研究》，第154—159页。

[472] 参见苏力：《送法下乡— —中国基层司法制度研究》，第274页以下。

[473] 关于这一点，读者可阅读苏力《送法下乡— —中国基层司法制度研究》，第182页以下。在这些篇章中，我们可看到基层法院，是如何重视口粮、棺材、荤油、素油、蔬菜、黄豆、绿豆、斤两……这些民众细故需求的及基层法院为何如此重视。

[474] 如注重结果的公正，即为已有的一些法学知识所叙述过的。在西方一些法学著作中，我们当然可读到这样的知识。

[475] 参见苏力：《送法下乡— —中国基层司法制度研究》，第19、22、86、189页。

[476] 苏力：《送法下乡— —中国基层司法制度研究》，第89、420页。

[477] 参见苏力：《送法下乡— —中国基层司法制度研究》，第116—117页。

[478] 参见苏力：《送法下乡— —中国基层司法制度研究》，第20页。

[479] 参见苏力：《送法下乡— —中国基层司法制度研究》，第94页。

[480] 参见波普尔：《猜想与反驳——科学知识的增长》，第22、308、316—318页。

[481] 参见苏力：《送法下乡——中国基层司法制度研究》，第291、385、395页。

[482] 这意味着，对《送法下乡——中国基层司法制度研究》进行批评，无法是具体例举式的，而只能是另外学理路径。《送法下乡——中国基层司法制度研究》具有极强的反省能力。在最后一编中，《送法下乡——中国基层司法制度研究》反省了自己学术研究中的权力问题。这是对"内在式"的实证方法的极好反思。

[483] 这里并非认为，媒体所展示的经验世界是不可信的，而是意在强调，媒介的运作人物及视界所具有的"城市性"，常使城市中的法学研究所倚赖的经验世界，变得"城市化"。这种经验世界之外的世界，可能是更广阔的，在中国，可能是更"非城市化"的。

[484] 参见苏力：《送法下乡——中国基层司法制度研究》，第196、290页。

[485] 参见苏力：《送法下乡——中国基层司法制度研究》，第374页。

[486] 参见苏力：《送法下乡——中国基层司法制度研究》，第37、38、41、93、115、117、169、242、303、365页。

[487] 参见苏力：《送法下乡——中国基层司法制度研究》，第20页。

[488] 其实，在其他作品中，如《法治及其本土资源》《制度是如何形成的》《阅读秩序》，作者亦自觉或不自觉，作出了这样的努力。

[489] 细心读者，完全可在书中正文和注释中，发现这种背景。

[490] 请再参见导论、第一章的分析。

[491] 关于此问题的一些讨论，可参见Dworkin, Law'sEmpire, pp. 1-44，以及笔者在导论中的细致分析。

[492] 《送法下乡——中国基层司法制度研究》认为，其法学研究是有立场的。参见苏力：《送法下乡——中国基层司法制度研究》，第60页。

[493] 参见《泸州市纳溪区人民法院民事判决书》（编号：［2001］纳溪民初字第561号）。

[494] 参见王甘霖：《“社会公德”首成判案依据：“第三者”为何不能继承遗产》，载《南方周末》2001年11月1日，第5版。

[495] 参见王甘霖：《“社会公德”首成判案依据：“第三者”为何不能继承遗产》2001年11月1日，第5版。

[496] 参见黄庆锋：《二奶持遗嘱与原配争遗产，婚姻法、继承法听谁的？》，载《天府早报》2001年10月12日，第3版。

[497] 参见王甘霖：《“社会公德”首成判案依据：“第三者”为何不能继承遗产》2001年11月1日，第5版。

[498] 参见王甘霖：《“社会公德”首成判案依据：“第三者”为何不能继承遗产》2001年 11月1日，第5版。

[499] 参见《泸州市中级人民法院民事判决书》（编号：［2001］泸民一终字第621号）。

[500] 例子，可参见刘江：《别以道德的名义》，载《南方周末》2001年11月15日，第5版；朱元：《遗赠案三疑》，载《南方周末》2001年11月15日，第5版；邓子滨：《不道德者的权利》，载《南方周末》2001年11月15日，第5版。另在网上及各种刊物杂志，可看到大量的相关文献。

[501] 参见本文前面有关事物的秩序及社会需要是复杂的讨论。这三个方向，均极可能导致简单化的是非判断，且导致缺乏自我反省的对他者知识的指责。此外，我们应觉察，尽管多年来的三个方向的中国法学研究，早已研究了相关问题，但基层法院，依然“我行我素”。在这里，不是基层法院不知道法学家所熟知的法学理论，“素质低下”，相反，它们是在巧妙地进行法律实践。在此案中，基层法官，完全知道“特别法与普通法相互关系”的法理知识（见文中审判长的答记者问），但他们，依然巧妙地运用《民法通则》和《继承法》《婚姻法》之间的“大小关系”的道理（在笔者看，未必不能成为一种法理），以论证自己的法律判决。就此点而言，还是《送法下乡——中国基层司法制度研究》提到的一句老话，说得到位：世界是复杂的。参见苏力：《送法下乡——中国基层司法制度研究》，第383页。

[502] 所以不是通常意义上的“大写”的法学知识和“小写”的法学知识的斗争，是因为，材料中，我们不能断言，“主张以《继承法》作为判决依据”的知识，或“主张以《民法通则》作为判决依据”的知识，本身就是“大写”的法学知识（目前中国流行的权威性法学知识）。不论前者，还是后者，在自我论证过程中，均涉及了其他的道

德观念话语（关于如何对待“第三者”的道德判断）。在这样一个论证语境中，所谓“大写”的法学知识，是缺席的。